THÈSE DE
NANCY.
1891.
N°. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

—

FORCE PROBANTE

DES

ACTES PRIVÉS

DROIT FRANÇAIS

—

PREUVE DE LA

DATE DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

A L'ÉGARD DES TIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

François-Henri GAUDRÉ

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le **Samedi 18 avril 1891**, à quatre heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, *professeur.*
Suffragants : MM. MAY, *professeur.*
BEAUCHET, *professeur.*
CHRÉTIEN, *agrégé.*

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO.

—

1891

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

—

FORCE PROBANTE

DES

ACTES PRIVÉS

DROIT FRANÇAIS

—

PREUVE DE LA

DATE DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

A L'ÉGARD DES TIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

François-Henri GAUDRÉ

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le **Samedi 18 avril 1891**, à quatre heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, *professeur.*
Suffragants : MM. MAY, *professeur.*
BEAUCHET, *professeur.*
CHRÉTIEN, *agrégé.*

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO.

1891

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM. LEDERLIN ✻, I ⚜, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ⚜, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.) ✻, I ⚜, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ⚜, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ⚜, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ⚜, Professeur de Code civil et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ⚜, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ⚜, Professeur d'Économie politique.

MAY, I ⚜, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ⚜, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ⚜, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français et du cours d'Éléments du droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics.

CHRÉTIEN, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ⚜, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

DROIT ROMAIN

—

FORCE PROBANTE

DES

ACTES PRIVÉS

---

1. — Dans un sens large, le mot « *instrumentum* » désigne tous les moyens de preuve qu'un plaideur peut employer pour établir l'existence du droit qu'il demande au juge de faire respecter. Il comprend ainsi les déclarations des témoins, les aveux... « *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus caust instrui potest : et ideo tam testimonia quam personæ instrumentorum loco habentur.* » (1 D. *de fide instrum.* 22, 4.)

Dans un sens plus restreint, « *instrumentum* » désigne un écrit dressé pour constater un fait juridique. C'est avec cette signification que ce mot est employé au Digeste, tit. 22 liv. 4, au Code tit. 21, liv. 4, *de fide instrumentorum.*

Nous nous proposons d'étudier la preuve par écrit des contrats et des conventions en Droit romain. Nous limiterons cette étude aux écrits privés, mais nous entendons par écrits privés tous les

actes à la rédaction desquels une personne ayant un caractère public n'est pas intervenu.

Les auteurs divisent, en général, les différents écrits privés en trois classes, les *instrumenta domestica*, les *instrumenta privata* proprement dits, les *instrumenta publice* et *quasi publice confecta*.

2. — Les *instrumenta privata* sont les notes que les Romains avaient l'habitude de prendre chaque jour sur les matières intéressant leur fortune, et leurs opérations commerciales : telles sont les inscriptions sur le *codex accepti et expensi*, les registres des banquiers (*argentarii codices*), les pièces concernant l'administration de biens des pupilles et qui devaient servir de base aux comptes de tutelle *(rationes pupillares)*. C'étaient là des titres qu'on se donnait à soi-même, et qui, par suite, n'avaient que peu de valeur en justice : L'acte est simplement un memorandum à l'aide duquel on peut retrouver les témoins et leur rappeler ce qu'ils prétendent avoir vu ou entendu. La const. 5 au Code *de probat.* dit de ces écrits : « *Instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.* » Quoique les inscriptions qui constituaient le contrat *litteris* fussent faites dans les mêmes formes, c'est-à-dire de la main du créancier, elles avaient un caractère solennel qui devait leur donner une autorité plus grande en justice.

3. — Les *instrumenta privata* proprement dits sont les écrits rédigés par la partie contre laquelle ils doivent servir de preuve. Le *chirographum* est à l'époque classique le type des écrits privés proprement dits. C'est la reconnaissance d'une obligation écrite de la main du débiteur : « *Si quis debere se aut daturum scribat.* » (Gaius, III, 134.)

Rentrent dans la même classe, les écrits que les textes désignent par les mots « *chartæ* », « *chartulæ* », « *libelli* », « *scripturæ* », « *apocha* » « *antapocha* », « *cautio* », s'ils ont été rédigés par le débiteur lui-même, sans l'intervention de témoins.

Les Romains donnaient les noms d'*apocha* et d'*antapocha* (de ἀποχή quittance) aux écrits destinés à constater le paiement d'une dette (19 § 1 D. 46, 4 ; 67 § 2 D, 12, 7... » L'*apocha* est un écrit par lequel un créancier reconnaît avoir reçu paiement de son débiteur, c'est ce que nous appelons une quittance. (19 C. 4, 21...) L'*antapocha* est l'écrit par lequel le débiteur reconnaît avoir acquitté sa dette. C'est une contre-quittance qui peut se présenter sous une autre forme : le créancier, une fois payé, rédige deux quittances, l'une qu'il remet au débiteur, l'autre qu'il lui fait signer pour la garder par devers lui ; par cette signature le débiteur atteste qu'il s'est libéré. C'est ce qui ressort du texte suivant : « ... *si voluerit is qui apocham conscripsit, vel exemplar cum subscriptione ejus qui apocham suscepit ab eo accipere, vel antapocham suscipere.* » (19, C. 4. 21). L'*antapocha* était d'une grande utilité pour le propriétaire vis-à-vis de son fermier, qui ainsi ne pouvait facilement changer le titre de sa possession, et se prétendre propriétaire ; elle l'était encore pour le créancier d'un capital produisant intérêt, vis-à-vis du débiteur, afin d'empêcher ce dernier d'invoquer la prescription (3, C. de præscrip. XXX ann. 7. 19 ; 8 § 4. C. 7. 19.)

Le mot *cautio* désigne d'une manière générale toute sûreté, toute garantie accordée par une personne à une autre. En matière de preuve, les textes donnent ce nom à la reconnaissance de dette accompagnée de la formule stipulatoire (40, D. 12, 1.)

La loi 103, D. XXX 1°, paraît distinguer la *cautio* du *chirographum*. Plus tard quand l'insertion de la formule stipulatoire se généralisa, ces deux mots devinrent synonymes (1).

---

(1) Paul, *Sent.* V, 5, § 25, paraît distinguer le *chirographum* de la *cautio*, mais dans deux autres textes des Sentences (II, 31, § 32 ; III, 6, § 59) ce jurisconsulte ne se sert que du mot *cautiones* pour désigner les actes écrits. Ce mot est seul employé aux fr. 82, D. 35, 1 ; 2, C. 10, 2. Les mots *cautio chyrographum*, *epistola*, ou *chirographum* rédigé sous forme de lettre, sont considérés comme synonymes par la l. 24, D. 13, 5, et la c. 1, C. Th. *Si certum pet. de chirog.*, 2, 27.

Plusieurs textes nous montrent que l'on n'était pas très rigoureux pour la rédaction de cette formule : il suffisait que l'écrit contînt la déclaration qu'une promesse avait été faite, et l'on supposait la parfaite conformité de la demande et de la réponse. *Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur atque si, interrogatione præcedente responsum sit.* » (Paul, *Sent.* L. 5, tit. 7, § 2. V. aussi 30 ; 134, § 2. *D. de verb. oblig.*)

4. — Quelle était la forme des *instrumenta privata?* Dans le Droit moderne, la force de l'écrit probatoire vient de la signature des parties. Dans le système romain, les écrits privés ne sont pas signés : ce qui leur permet de faire preuve c'est l'écriture de celui qui s'oblige. Il en est autrement lorsque l'écrit est rédigé par un tiers ; mais la signature du débiteur n'est pas requise quand c'est lui-même qui a dressé l'écrit. Le *prœmium* du titre « *de emptione et venditione* » aux Institutes (III, 23) fait bien cette distinction entre l'écrit rédigé par les parties elles-mêmes, et l'acte écrit par un tiers et signé par les parties « *In iis autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta a contrahentibus autem subscripta.*

5. — Il n'était point nécessaire, en principe, d'appeler des témoins à la rédaction des actes privés. Cependant, à partir d'une certaine époque, l'écrit rédigé par les parties seules put n'être d'aucune utilité : il suffisait que le débiteur se refusât à reconnaître volontairement son écriture.

Supposons que celui à qui on oppose un écrit, prétende qu'il n'en est pas l'auteur, il faudra l'obliger à le reconnaître.

Pour atteindre ce but, jusqu'à Justinien, deux moyens de preuve furent indifféremment employés : les témoins. la comparaison d'écritures (21, C. 19, 22.)

Trois textes du Code et des Novelles nous montrent que les dangers de la vérification d'écritures ont vivement préoccupé Justinien.

Dans la const. 20, C. 4, 21, il ordonne de n'employer comme pièces de comparaison que les *acta publica,* les *acta forensia* et les *instrumenta privata* signés de trois témoins : « *non licere comparationes litterarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptiones.* » La Nov. 49 modifie quelque peu l'application de cette constitution sans en changer le principe.

Dans la Nov. 73, Justinien alla plus loin : après avoir indiqué dans la préface de cette Novelle les dangers de la comparaison d'écritures, il décide que quiconque veut constater un contrat par écrit doit faire assister au moins trois témoins à la rédaction : *Sed et si quis aut mutui vel alterius cujusdam contractus instrumentum faciat, neque id in foro conficere velit (quod etiam in deposito decernimus), instrumentum illud mutui scriptum non videatur per se dignum, nisi testes fide digni, nec minus quam tres, præsentes fuerint, ut, sive ipsi adsint, et litteris suis testimonium dent, sive alii quidam, qui ipsis præsentibus instrumentum confectum esse testentur, negotium ex utraque parte fidem accipiat ; nec examinatio litterarum plene rejiciatur, at sola non sufficiat, sed testium accessione confirmetur.* (Ch. II.)

6. — L'*instrumentum* rédigé par les parties seules n'est pas nul, mais on ne peut démontrer à son auteur que l'écriture est de sa main que par la déposition des témoins qui ont signé l'écrit, ou ont seulement assisté à sa rédaction.

Si tous les témoins sont morts, alors seulement on pourra user de la preuve par comparaison d'écritures accompagnée du serment de la personne qui prétend se servir de l'écrit : « *Tunc quidem omni autem diligentia procedendum est ; et si illis fidem habendam putaverint, jusjurandum proferenti omnino imponendum est, et profiteatur, si nullius mali conscium sibi esse in eo....* (Ch. VII.)

C'était faire dépendre l'efficacité de *l'instrumentum privatum* proprement dit de la bonne foi du débiteur, et en fait exclure cette forme d'écrit privé. Aussi on ne rencontre plus que des *instrumenta publice* et *quasi publice confecta.*

7. — On ne doit pas traduire ces expressions : écrits publics et quasi publics. *Publice* veut dire publiquement : les écrits *publice confecta* sont les écrits qui ont été dressés en présence de témoins, en public.

La dénomination d'*actum quasi publice confectum* ne se rencontre que dans la c. 11, C. 8, 18 ; mais dans de nombreux textes on peut reconnaître les caractères distinctifs de cette forme d'acte écrit. (11, C. 8, 18 ; 20, C. 4, 21 ; 17, C. 4, 22 ; Nov. 73, Ch. 1 et 2).

Ces textes nous disent qu'il faut trois témoins pour constituer un acte *quasi publice confectum* ; il faut en outre que ces témoins soient d'une moralité irréprochable. Dans la Nov. 99. ch. 12, Justinien défend de faire intervenir aux actes des artisans ou des hommes obscurs : « *Nec sedentarii quidam,nec humiles, nec plane obscuri ad testimonium veniant....* » Il va même jusqu'à n'accorder aucune créance au témoignage de ceux qui n'auraient prêté leur assistance que par le pur effet du hasard, sans y avoir été invités, « *ex transitu facta testimonia.* » (Ch. 2.)

Les témoins devaient signer les actes dressés devant eux, ou y apposer leur sceau ; de toute façon leur nom était mentionné dans l'acte. Quand celui-ci était méconnu, on s'en rapportait à leur témoignage, et, s'ils étaient morts, à la comparaison d'écritures. (Nov. 73, ch. 8.)

8. — Souvent les contractants, au lieu de rédiger eux-mêmes les actes écrits, laissaient ce soin à des tiers : ce furent d'abord des esclaves, *notarii*, *tabularii*.... ou des affranchis ; mais bientôt cet usage donna naissance à une profession nouvelle. Ceux qui l'exercent sont désignés dans les textes sous les noms de « *tabularii, tabelliones*, *conditionales*... » Ils avaient leurs études (*stationes*) sur le Forum ; c'était là que, sur la demande des parties, ils rédigeaient les actes constatant leurs conventions, et qui pour ce motif étaient qualifiés de *publice confecta*, « faits publiquement .» De là également l'appellation de « *scriptura forenses* », écrits dressés au Forum.

Nous avons vu que la signature des parties était requise quand l'écrit était rédigé par un tiers. Les *acta forensia* semblent faire exception à cette règle : la signature ne paraît pas avoir été requise : le *subscriptio partium* dont parlent les textes n'était pas une signature, mais une mention, mise au bas de l'acte, constatant que les parties l'avaient pour agréable. (1, § 8, D. 48, 10 ; 68, § 1. D. 46, 1 ; 1, § 1 C. 7, 6....)

Immédiatement après la *subscriptio* des parties, venaient les *subscriptiones testium* dont le nombre minimum est fixé à trois par la novelle 73 « *adjiciatur et eis antequam compleantur testium exscripto præsentia* (Nov. 73, ch. 5). Ces *subscriptiones* contenaient un résumé de tout ce qui s'était passé en présence des témoins.

9. — Les *acta forensia* ne faisaient point foi, par eux-mêmes et jusqu'à preuve contraire de leur authenticité. Le plaideur devait établir que l'écrit qu'il invoquait avait été dressé par le tabellion sur l'ordre de son adversaire. En cas de contestation, on appelait le tabellion, ses auxiliaires et les témoins instrumentaires. (Nov. 73, Ch. VII, § 1). Si les témoins reconnaissaient les *subscriptiones* comme émanant d'eux, ils n'étaient pas reçus à déposer contre ce qui était attesté par écrit : « *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.* (1 C. 4, 20.)

La déposition du tabellion avait une autorité plus grande que celle des témoins instrumentaires : quand il se présentait seul, son témoignage appuyé de son serment était une garantie suffisante de la sincérité de l'écrit.

10. — Par la déposition du tabellion et des témoins, le créancier pouvait facilement établir contre son débiteur qui ne voulait pas reconnaître l'écrit remis comme preuve de la dette, que c'était par son ordre qu'il avait été dressé. Mais sont-ce là tous les avantages de la participation des témoins à la rédaction de l'écrit ? Quand nous déterminerons la force probante des écrits privés en Droit romain, ne devrons-nous pas distinguer les écrits rédigés en présence de témoins, des écrits rédigés par les parties elles-mêmes ?

Si les témoins ont simplement été présents à la rédaction,

l'écrit ne contient rien de plus que s'il avait été rédigé par les parties seules. Sans doute, ces témoins pourront mieux que tous autres faire connaître dans quelles circonstances l'écrit a été rédigé, mais les effets probants de l'écrit, considéré seul, ne peuvent pas être augmentés. Mais si l'écrit a été rédigé par un tiers ; s'il exprime non seulement les déclarations des parties sur les rapports juridiques qui existent entre elles, mais encore les déclarations du tiers et des témoins sur l'époque où ces déclarations ont été faites, et les circonstances qui les ont accompagnées, on comprend qu'il puisse y avoir là une source nouvelle d'effets probants.

Aussi, dans certains cas, nous reconnaîtrons plus d'autorité aux *acta forensia* qu'aux *instrumenta privata* proprement dits.

Nous connaissons ainsi suffisamment les écrits privés du Droit romain pour pouvoir aborder l'étude de leur force probante. Mais auparavant, il est une situation qu'il est bon d'examiner : les parties contractantes peuvent mentir en écrivant ou en faisant écrire les déclarations qui expriment leurs rapports juridiques, en un mot l'acte écrit peut être simulé. Comment l'allégation du débiteur, que l'écrit qu'on lui oppose est entaché de simulation, est-elle accueillie par le juge romain.

§ I. — La simulation en Droit romain.

11. — Chez les Romains, l'acte instrumentaire devait-il, pour produire ses effets, être l'expression de la vérité ? Cette question pourra paraître un peu naïve. L'objet des preuves étant d'éclairer le juge pour qu'il puisse sanctionner les droits légitimement acquis, admettre qu'un écrit mensonger peut être valable, c'est, il semble, vouloir choquer ouvertement le bon sens. Posons autrement notre question : La simulation est-elle une cause d'inexistence de l'*instrumentum* en droit romain ? elle paraîtra plus sérieuse : cependant ces deux formules ne diffèrent que par les mots employés.

12. — On peut définir la simulation, l'altération de la sincérité d'un écrit probatoire, de concert entre toutes les parties contractantes : « *aliquid re vera actum est, et aliud de sententia contrahentium scriptum in instrumento et simulatum.* » (Doneau, *ad. tit. Plus valere quod agitur....* C. 4. 22.)

13. — Quelques notions sur la preuve littérale en droit français feront comprendre l'importance de la question que nous avons posée au début de ce paragraphe.

L'acte instrumentaire est la relation, faite d'un commun accord par les parties contractantes, écrite par elles ou leur mandataire, d'un certain nombre de faits et de volontés constituant un ou plusieurs actes juridiques.

L'acte instrumentaire a ses conditions d'existence et ses effets propres, il constitue donc à lui seul un acte juridique qu'il faut distinguer de cet autre acte juridique dont les éléments sont relatés dans l'écrit.

14. — Deux actes juridiques doivent être successivement examinés quand la preuve littérale est employée en justice : l'*instrumentum* dont les conditions d'existence et de validité doivent tout d'abord être vérifiées, et le *negotium juris* constaté par écrit, dont l'existence sera reconnue par le juge, si l'*instrumentum* produit ses effets probants.

Au début de toute étude sur la preuve littérale, la distinction de ces deux actes s'impose donc naturellement.

Les faits et les volontés qu'exprime l'*instrumentum* peuvent n'avoir jamais existé, s'il en est ainsi il n'y a pas de *negotium juris*. Les parties ont seulement voulu paraître avoir fait une vente, une donation, ou tout autre contrat.

Telle est la situation quand on a établi que l'écrit est mensonger, quand on a prouvé que les parties n'ont pas voulu que l'acte juridique exprimé existât réellement.

Mais pour arriver à rétablir ainsi les faits dans leur réalité, il a fallu détruire les effets de l'*instrumentum* : car de ces effets résulte que l'acte juridique exprimé par l'écrit a été formé, et par conséquent existe.

15. — Quels moyens de preuve sont mis par le Droit français à la disposition du plaideur qui demande à établir que l'écrit qu'on lui oppose n'est pas sincère ? Primus réclame à Secundus le prix de vente d'une maison. Secundus répond : « J'ai signé un écrit exprimant qu'il y a eu, entre Primus et moi, vente d'une maison, mais en réalité Primus m'a donné sa maison, je demande à prouver que l'écrit que j'ai signé est mensonger. » Le juge lui répondra il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux écrits, il vous faut un écrit pour établir que l'acte qu'on vous oppose est mensonger, puisque vous vouliez dissimuler la donation, il fallait exiger une contre-lettre vous permettant de rétablir la vérité, au besoin.

Supposons que la donation, que Secundus prétend avoir été dissimulée sous les apparences d'une vente, soit illicite ; Secundus, par cela même, prétend que l'écrit qu'on lui oppose n'a été qu'un moyen de commettre une fraude à la loi. Alors il est admis à faire la preuve de son allégation par témoins, par présomptions, la plus grande liberté lui est accordée.

16. — Comment expliquer ces deux solutions si diffférentes, alors que, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un écrit mensonger ? Avant de donner effet probant à un écrit, il faut d'abord être certain qu'il constitue réellement un acte *instrumentaire*. De là résulte la nécessité de permettre à la partie à qui on oppose un écrit, d'établir par tous moyens les vices qui peuvent rendre cet écrit inexistant. Restreindre les moyens de preuve, c'est empêcher de prouver, et indirectement donner effet à un écrit indépendamment du vice dont on restreint la preuve. Donc, limiter à la preuve littérale les moyens d'établir la simulation d'un écrit, c'est admettre que la sincérité n'est pas une condition d'existence des actes instrumentaires, et par cela même décider que le mensonge dans un écrit est licite, qu'un écrit peut avoir effet sans l'être l'expression de la vérité. Si la loi française avait considéré la simulation comme illicite, elle aurait appliqué contre tout écrit accusé de n'être pas sincère la solution qu'elle donne, lorsque le mensonge peut être un

moyen de commettre une fraude à la loi. Nous pouvons donc, pour le Droit français, poser cette règle : La simulation simple, c'est-à-dire le mensonge qui n'est pas un moyen de commettre une fraude, est parfaitement licite dans les actes instrumentaires. Un écrit, fût-il accusé d'être contraire à la vérité dans toutes ses parties, aura effet si la preuve contraire n'est pas faite à l'aide d'un autre écrit. La loi dit au juge : Décidez, non conformément à la vérité recherchée par tous les moyens, mais conformément aux écrits que les parties vous présenteront.

Nous reviendrons sur cette question dans notre étude sur l'art. 1328, où, en particulier, nous montrerons le lien nécessaire qui unit le caractère licite de la simulation et la prohibition de la preuve par témoins. (V. n° 125 et s.).

17. — *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* » telle est la rubrique du tit. 22, du liv. 4 du C : *de fide instrumentorum* » : Cujas interprète cette rubrique : « *Rerum veritas per scripturas obscurari nequit.* » L'écrit ne peut être un moyen de dissimuler un acte réel sous un acte apparent.

Le titre « *Plus valere...* » contient cinq constitutions. La dernière a été placée à tort dans ce titre. Les constitutions 1 et 4 ne sont que la répétition de la règle « *Plus valere...* » posée dans la rubrique. Les constitutions 2 et 3 nous donnent des exemples d'interposition de personnes qui figurent à l'acte, et de simulation dans la nature du contrat.

18. — Etudions d'abord le principe « *Plus valere quod agitur...* » : « *In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet,* » dit la const. 1, et la const. 4 : « *Si quis gestum a se, alium egisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet.* »

Ces textes sont très clairs ; il s'agit du cas où, par la volonté des contractants, du consentement de l'un et l'autre, un acte autre que celui qui a été accompli a été constaté par écrit. Ce n'est pas le cas où, par suite de manœuvres frauduleuses, d'une erreur commise par l'une des parties, l'écrit n'exprime pas la volonté des deux contractants (18. C. 4. 19). « *Aliquid re vera actum*

est, et aliud de sententia contrahentium scriptum in instrumento et simulatum. « (Doneau, *ad. titul. Plus valere...*) Telle est l'hypothèse : l'écrit est mensonger, mais les parties qui l'ont rédigé ou fait rédiger, l'ont voulu tel, d'un commun accord.

19. — Les textes décident qu'il faut laisser de côté l'écrit, et s'attacher à ce qui a été fait en réalité « *rei veritas perspici debet* ». On comprend d'ailleurs difficilement qu'il puisse en être autrement. Les contrats n'existent que par la volonté des parties contractantes. Les parties ont voulu que l'écrit fût rédigé contrairement à la vérité, mais elles ont entendu qu'il n'existât entre elles que l'acte juridique dissimulé. Il y a eu vente d'un immeuble, et elles ont écrit qu'il y avait eu donation de cet immeuble : le contrat de vente seul existe. On pourrait dire : puisque les parties ont écrit que l'acte accompli par elles était une donation, c'est quelles sont revenues sur leur première intention de faire une vente, par conséquent, pour suivre leur volonté, il faut se conformer à l'écrit. Nous ne nous sommes pas placé dans cette hypothèse : nous avons supposé que, tout en maintenant le contrat de vente, les parties ont voulu qu'un écrit exprimant donation de la chose vendue, fût rédigé. Cet écrit a été dressé « *non ut ab eo, quod re vera gestum est, discederetur; sed potius ut id maneret, et manens dissimularetur.* (Doneau, *ad tit. Plus valere...*)

20. — Il est une hypothèse que les textes n'ont pas prévue, au moins directement ; c'est le cas où, sous l'acte apparent, aucune réalité ne se cache : les parties ont voulu paraître s'être fait une donation et en réalité leur situation juridique n'a pas changé, elles n'ont rien fait. *A fortiori* le principe « *Plus valere...* » doit être appliqué.

21. — Mais pour que l'écrit que l'on prétend mensonger soit rejeté, il faut que sa fausseté soit établie ; pour que l'acte dissimulé ait effet, il faut que son existence soit prouvée. Quels moyens peuvent être employés pour faire ces deux preuves ? Le législateur romain ne répond pas directement à cette question ; il n'avait pas à y répondre : devant le juge romain le plaideur avait

le droit d'établir l'exactitude de ses allégations en toute liberté, tous les moyens de preuve lui étaient également permis. « *Debitores tuos quibuscumque rationibus debere tibi pecuniam si probaveris....* (1 C. 4, 21). « *In exercendis litibus eamden vim obtinent...* » (15 *eod.* tit.)

Le plaideur pourra donc établir l'existence de l'acte dissimulé par témoins, par présomptions. Mais cette preuve, en tant qu'elle a pour objet de faire tomber l'acte prétendu mensonger, est-elle admissible, ne faut-il pas à un écrit, apposer un écrit ? Nous avons vu qu'il en est ainsi en Droit français, et nous en avons conclu que la loi française admet qu'un écrit probatoire peut avoir effet, sans que sa sincérité ait été vérifiée dans la limite du possible. Mais ce principe, le Droit romain ne l'admet pas : « *Plus valere quod agitur... Rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.* La sincérité est une condition d'existence de l'écrit romain. De là ne concluons pas qu'il suffisait d'accuser un écrit d'être mensonger pour le faire écarter par le juge ; mais que l'écrit ne pouvait produire ses effets probants que quand son caractère simulé n'avait pu être établi par tous moyens. Le juge romain devait décider conformément à la vérité ; il ne pouvait donc admettre comme vrai ce qu'exprimait un écrit, qu'après avoir permis à la partie à qui on l'opposait de démontrer, en toute liberté, qu'il n'était pas conforme à la vérité. Aussi le rescrit d'Adrien déclare-t-il que le nombre et la nature des moyens de preuve ne doivent pas être considérés par le juge comme légalement déterminés : « *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest..... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.* » (3, § 2, D. 22, 5.)

22. — Les constitutions 3 et 4 nous donnent deux exemples d'écrits simulés ; la constitution 5 a été placée à tort, avons-nous dit, dans ce titre.

« *Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi velut locationis quam fieri mandaveras...* (C. 5.) L'écrit est contraire à la vérité, il n'exprime pas le contrat qui a été passé, mais il n'est pas mensonger : s'il constate une vente au lieu d'un louage, ce n'est pas par la volonté commune des parties : c'est un cas d'erreur et non de simulation.

« *Emptione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur.* » (C. 3.) Il est constaté par écrit que Titius a vendu une terre à Mœvius. En réalité Mœvius a simplement voulu paraître acheter, peut-être pour pouvoir vendre la chose et se payer sur le prix sans être obligé d'observer les trois significations préalables. Titius pourra établir par tous moyens que l'acte de vente est simulé, et qu'il y a eu seulement constitution de gage.

« *Acta simulata, velut non ipse, sed ejus uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt.* (C. 2.) Primus a acheté un immeuble à Titius : d'un commun accord ils ont écrit dans l'acte que l'acheteur est l'épouse de Primus. En réalité Primus est le vendeur, c'est donc à lui que les actions nées de la vente doivent appartenir. Mais il faudra qu'il prouve qu'il a acheté, par témoins ou par écrits, et que c'est par suite d'une simulation qu'il a été constaté dans l'écrit que son épouse était l'acheteur.

23. — Les contractants, en Droit français, peuvent donc rédiger l'écrit probatoire comme ils l'entendent ; si la simulation n'a pas eu pour résultat de dissimuler un acte illicite, les parties seules, et par un autre écrit, peuvent détruire les effets de l'écrit simulé. L'esprit de la preuve littérale, dans notre législation, est donc d'abandonner la recherche de la vérité pour donner effet à la volonté des parties.

A Rome, au contraire, le rôle de la volonté des contractants dans la rédaction d'un écrit probatoire est juridiquement nul : l'écrit est l'expression de la vérité ou n'existe pas : la volonté que l'écrit exprime un contrat différent de celui qui a été passé, ne peut recevoir effet : Un acte juridique a été accompli, légale-

ment sa constatation par écrit ne peut en être que l'expression exacte. « *Affirmatio contrahentium substantiam veritatis mutare non potest.* » (Don. *od tit. Plus valere.*)

§ II. — Force probante des actes privés.

24. — Prouver, c'est établir dans l'esprit du juge une conviction qui lui permette de reconnaître l'existence du droit qu'on lui demande de faire respecter. Cette conviction, qui est nécessaire pour que le jugement ait lieu, est légale ou réelle.

La conviction est légale, lorsqu'elle est déterminée par certaines circonstances dont l'absence ne permettrait pas au juge d'être légalement convaincu, et dont la réunion engendre nécessairement la conviction. Elle est réelle, lorsqu'elle est le résultat d'une recherche faite librement de tout ce qui peut faire reconnaître l'existence du fait à établir. La législation romaine n'admet pas que le juge décide d'après une conviction artificiellement acquise, par l'emploi de moyens de preuve déterminés dans leur nombre et leur nature. Limiter les moyens de faire la preuve, c'est abandonner la recherche de la vérité, le Droit romain veut que le jugement détermine, autant que possible, les rapports juridiques réels des parties. Le Rescrit d'Adrien est formel en ce sens : « *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest.* » (3, § 2, D. 22, 5.)

25. — Ce souci de la sincérité des écrits probatoires a conduit, nous l'avons vu, les Romains à admettre librement la preuve de la simulation : on doit naturellement se demander si ce même souci n'a pas déterminé le degré de force probante accordée à la preuve littérale par le Droit romain.

Il est évident que, dans l'esprit des jurisconsultes romains, une preuve ne pouvait mériter ce nom, que quand elle offrait des garanties contre le désir qu'ont les parties contractantes de dissimuler la vérité. Chaque fois qu'un moyen de preuve invoqué ne pouvait, par le jeu naturel de son organisme, malgré la volonté

contraire des intéressés, donner connaissance au juge des faits accomplis, non seulement ils devaient admettre contre lui la preuve contraire, mais encore le rejeter absolument.

26. — La constatation par écrit d'un contrat ne semble pas présenter ces garanties de sincérité nécessaires pour être considérée comme une preuve. Les parties font dresser l'écrit quand elles veulent, et comme elles veulent.

Un *instrumentum* constate que Primus a transféré à Secundus la propriété d'une certaine quantité de blé, avec obligation, pour Secundus, de rendre même quantité de blé de même qualité.

Si le juge n'a pas confiance dans la sincérité des parties, il peut très-bien déclarer que ni la convention ni la *res* ne sont pour lui établies. Sans doute une personne ne reconnaît pas sans cause qu'elle est débitrice, on ne s'engage pas à restituer quand on n'a rien reçu : mais ces raisons n'obligent pas à croire qu'il y a eu réellement *mutui datio*.

On nous dira : quand l'acte a été rédigé par un tiers en présence de témoins, le juge peut avoir toute confiance dans l'écrit, puisqu'il constitue alors le « *testimonium scriptum* » de personnes dignes de foi.

Certaines énonciations de l'écrit méritent alors plus de crédit. L'existence matérielle des faits, des paroles, que les témoins déclarent avoir vus ou entendus, doit être reconnue sans hésitation par le juge : Si, dans notre exemple, la tradition du blé a été faite au moment de la rédaction de l'écrit, il pourra considérer comme constant le fait matériel de cette remise. Mais quel est le sens de cette tradition ? Quelle était la volonté des parties en la faisant ? *L'instrumentum*, pour avoir été rédigé par un tiers, ne nous donne pas sur ce point des renseignements plus certains que s'il avait été rédigé par les parties seules. Les parties ont dicté ce qu'elles ont voulu que l'écrit exprimât, et elles ont pu vouloir qu'il n'exprimât pas la vérité. Aussi est-ce seulement en ce qui concerne la constatation des faits qui se sont passés sous les yeux des témoins, que *l'actum publice confectum* offre plus de garanties de sincérité : l'écrit exprime alors, en effet, la déposition écrite de témoins dignes de foi.

Etant donnée cette facilité qu'ont les parties de dissimuler leurs volontés et leurs actes, en rédigeant les écrits destinés à les constater, comment expliquer que les jurisconsultes romains aient considéré ces écrits comme des moyens de preuve ? Comment expliquer surtout, que, comme le veulent certains interprètes, ils leur aient accordé plus d'autorité qu'aux dépositions des témoins ?

27. — Est-il bien exact de dire qu'il n'existe jamais, entre un contrat et l'écrit qui le constate, un lien nécessaire permettant de conclure avec certitude de l'existence de l'un à l'existence de l'autre ? Il semble que l'écrit fait preuve aussi complète que possible lorsque, *causa civilis obligandi*, il ne constate pas seulement le contrat, mais encore lui donne naissance. Si l'on admet que le *chirographum* et la *syngrapha* ont constitué, à une certaine époque, deux contrats *litteris*, quand une personne s'était reconnue débitrice dans un *chirographum* et avait remis l'écrit à la personne qu'elle reconnaissait pour son créancier, il est évident que l'obligation se trouvait à la fois créée et prouvée (1).

---

(1) Cette question est très controversée. Gaius rapprochant des *nomina transcriptitia* les *chirographa* et les *syngraphæ* dit : « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, ut si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est* (Gaius. III. 134). Certains auteurs, s'appuyant sur la forme dubitative du texte de Gains qui ne dit pas « *litterarum obligatio fit* », mais « *obligatio fieri videtur* », pensent qu'il s'agit non pas d'un véritable contrat *litteris*, mais d'une sorte de contrat *litteris*, d'un semblant de contrat *litteris*, que l'obligation existait indépendamment de l'écrit, qui ne servait qu'à la prouver (V. en ce sens Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, n° 580, 3e édit., p. 398 n° 6 ; May, *Elém. de Droit romain*, t. II, p. 106 et s. n. 2. Stouff. *Etude sur la formation des contrats par l'écriture. Nouv. [revue historique de droit.* Ann. 1887, p. 257). Gide fait remarquer (*Etudes sur la novation*, p. 218 et s.) que le texte dit que cette sorte d'obligation est spéciale aux pérégrins : si donc on veut savoir en quoi elle consiste, c'est le droit des pérégrins qu'il faut interroger. Les pérégrins dont parle Gaius, sont les Grecs : or, en Grèce, les contrats consensuels forment la règle : on s'oblige par le seul consentement. Les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient donc

L'effet probatoire des *litteræ* du *codex* était nécessairement moins complet. Celui qui se prétendait créancier avait deux choses à prouver : l'inscription sur son *codex*, le consentement du débiteur à cette inscription. Le *codex* prouve l'inscription, la régularité avec laquelle ce registre était tenu permettait tout au plus de présumer le consentement du débiteur.

28. — Les cas où l'écriture élément formaliste du contrat étant mis à part, aucune raison n'oblige à croire que l'écrit exprime sincèrement les rapports juridiques des parties. Les jurisconsultes romains devaient-ils donc, pour être logiques, refuser tout effet probatoire aux écrits ?

Supposons qu'ils l'aient fait ? S'il s'agit de la preuve d'un contrat formaliste, de la stipulation par exemple, il sera relativement facile de trouver des témoins qui auront vu le créancier et le débiteur présents dans un même lieu, qui auront entendu l'interrogation du créancier suivie immédiatement de la réponse du débiteur. De même la tradition dans les contrats réels pourra être facilement établie. En un mot la preuve de tous les éléments matériels des contrats peut être faite par témoins, et cette preuve

---

que de simples moyens de preuve, ce que les reconnaissances écrites sont aujourd'hui. Ortolan, s'appuyant sur les passages « *ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat* » et « *quod genus obligationis proprium peregrinorum est* » décide que ces écrits constituaient une forme particulière d'obligation. (V. Ortolan, *Législ. romaine*, t. III, n° 1431). Cette dernière solution nous semble devoir être préféré. Le texte de Gaius doit être rattaché à ce qui le précède, et être traduit : « Les pérégrins ne peuvent figurer au Codex comme débiteurs, mais les opérations juridiques réalisées par la *transcriptio a re in personam* et *a persona in personam* sont possibles cependant pour les pérégrins, par les *syngraphæ* et les *chirographa* ». Autrement, on est obligé d'admettre qu'indépendamment de toute *causa civilis obligandi*, la novation d'une créance résultant d'un contrat de vente, de société, le substitution d'un débiteur à un autre étaient valables pour le seul consentement des parties, et que leur existence pouvait être établie par témoins. Mais, au temps de Gaius, ce n'est que par exception qu'une convention est obligatoire par elle-même : quel est, à cette époque, le contrat consensuel qui correspond à la *transcriptio a re in personam*, *a persona in personam* ?

offre plus de garanties d'exactitude que les déclarations écrites des parties contractantes.

Mais comment établir par témoins la réalité du consentement des parties ? Pour la stipulation, cette preuve est superflue, la présence des parties, la prononciation des paroles étant prouvées, le consentement doit être présumé. Mais dans les contrats *re* et *consensu,* la preuve de la volonté des parties doit être faite directement: à elle seule, en effet, elle donne naissance aux contrats de vente, de louage, de mandat et de société : les témoins ne nous font connaître que le fait matériel de la remise d'une chose, c'est la connaissance de la convention des parties qui permet de décider s'il y a eu mutuum commodat, gage, ou dépot.

29. — La volonté de l'homme, acte purement intellectuel, est invisible. La preuve directe du consentement est impossible; nous n'en avons qu'une connaissance indirecte par ce qu'ont dit ou fait les parties, au moment où la convention se formait. On comprend quelles difficultés rencontrera le créancier qui voudra établir par témoins la manifestation de la volonté de son débiteur de s'obliger.

Si le créancier et le débiteur étaient seuls lorsque les pourparlers ont eu lieu, la preuve du consentement sera impossible. Si l'entretien a été un peu long, les témoins auront-ils pu, dans les déclarations du débiteur, distinguer celles qui sont un indice certain de son consentement? Admettons que les témoins aient très-bien entendu, très-bien compris : les déclarations, dont l'existence est prouvée par leur témoignage, ne présentent pas de garanties plus sérieuses de sincérité : le débiteur a pu, en parlant, dissimuler sa pensée comme il aurait pu le faire en écrivant.

Puisque nous ne pouvons connaître la volonté des parties que par leurs déclarations, il nous semble qu'on doit ajouter plus de foi à celles qui sont sérieuses, réfléchies, exactement rapportées, qu'à celles qui ne constituent que des lambeaux de conversation plus ou moins exactement transmis. Donc, en ce qui concerne la preuve du consentement, on doit donner aux écrits au moins

autant d'autorité qu'aux dépositions des témoins. C'est la solution des jurisconsultes romains.

Pour les Romains, l'*instrumentum* constatant une convention, prouve l'existence de cette convention. Mais, dans leur crainte de la simulation, ils ont limité, en principe, à l'élément consensuel du contrat, l'aptitude des déclarations écrites des parties à faire preuve. Ils n'ont jamais admis, d'une manière générale, que la réalité des faits tombant sous les sens peut indifféremment être établie par témoins et par écrits. La déposition d'un tiers désintéressé offrant plus de garanties de sincérité que les déclarations même écrites des parties, ils paraissent, au moins à l'origine, avoir considéré les témoins comme le seul moyen de preuve de tout ce qui se voit et s'entend, de tout ce qui tombe sous les sens.

Ces principes nous expliquent les restrictions mises par les textes à la force probante des écrits ; ils nous donnent la raison de la supériorité, reconnue dans certains cas, aux *acta publice confecta* sur les *instrumenta privata* proprement dits.

30. — Dès l'époque classique, l'habitude s'introduisit de constater par écrit la stipulation et l'accomplissement des formalités prescrites pour sa validité (Paul. *Sent.*, L. 5, tit. 7, § 2 ; Ulp. 30, D. *de verb. oblig.* ; Paul. 134, § 2, D. *de verb. oblig...*) « ... le contrat soi-disant verbal se faisait par écrit ; il suffisait d'écrire au bas d'un acte les deux mots « *spopondit, promisit* », ou deux autres mots équivalents, pour tenir lieu de stipulation. De toutes les formes qu'exigeait l'ancien Droit, l'on n'en avait retenu qu'une, la seule qui parût raisonnable, c'était la présence des deux parties, en sorte que le contrat verbal aurait pu se définir le contrat *inter præsentes.* » (Gide, *Études sur la Novation*, p. 171.)

Tous les textes posent, en effet, comme condition de la validité de la stipulation écrite, la présence des parties : « *Verborum obligatio inter præsentes non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem...* (Paul, *Sent.*, L. 5, tit. 7, § 2). « ... *si inter præsentes actum sit...* » dit le même jurisconsulte dans la loi 134, § 2,

D. *de verb. oblig.*, et la constitution 1. *de contrah. stip.* de Sévère et d'Antonin : « ... *tamen si res inter præsentes gesta est.* » Nous nous demanderons tout à l'heure comment la preuve de la présence des parties devait être faite.

31. — Mais nous ne rencontrons pas la formule stipulatoire seulement dans les écrits destinés à prouver la formation d'un contrat *verbis* : de nombreux textes nous montrent qu'on ajoutait les paroles de la stipulation à toutes les conventions que l'on constatait par écrit. Non seulement pour celles qui, en vertu du principe « *ex pacto actio non nascitur* », devaient, pour engendrer des obligations reconnues et sanctionnées par le droit civil, emprunter la forme de la stipulation, mais encore pour celles qui valaient comme contrats, par le seul effet du consentement des parties (26, § 1, D. *depositi vel contra* ; 71 p. D. *pro socio ;* 126, § 2, *de verb. oblig.* ; 40, D. *de rebus credit.*). On écrivait à la fin de l'écrit « *Hæc omnia recte dari fieri praestari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius* (122, § 1 ; 126, § 2, D. *de verb. oblig.*). Souvent la première partie de cette formule était sous-entendue.

La « *cautio* », l'écrit accompagné de la formule stipulatoire, finit par être seul employé pour constater les contrats. Les textes 15, D. *de probat.* 5, § 3, D. *de solution. ;* 6, C. *de solution.* nous prouvent que cette forme d'écrit s'appliquait aussi à la preuve du paiement. (Esmein, *Études sur les contrats*, p. 17 et s... ; Stouff, *loc. cit.*, 262 et s.)

La présence de la stipulation dans tous les écrits probatoires ne doit pas nous étonner, si nous nous rappelons que les Romains, chaque fois qu'ils voulaient former une convention obligatoire, réglaient d'abord les conditions de leur marché, puis faisaient une stipulation : « *Pacto convento Aquiliana stipulatio subjici solet...* » (Paul. *Sent.*, L. I, tit. 1, § 3). Cette façon de procéder rendait l'exécution de l'obligation contractuelle plus rapide et plus certaine : si un litige s'élevait, on n'avait plus à faire la preuve de rapports juridiques étendus et compliqués, il suffisait d'établir qu'une stipulation avait eu lieu.

Nous avons vu que l'indication de la promesse suffisait pour faire présumer l'interrogation, et pour établir tous les éléments de la stipulation. Il semble qu'il en fut ainsi dès la fin du IIe siècle (Paul., *Sent.* V, 7, § 2 ; Ulp. 30, D. *de verb. oblig.*). On est allé encore plus loin dans la voie de la simplification. La stipulation étant devenue le procédé habituel, sinon unique, de former les contrats, les solennités de la stipulation ayant a peu près disparu, Justinien en est arrivé, dans quelques cas, à admettre l'équivalence de l'écrit et de la stipulation. Il sous-entend la stipulation de restitution de dot dans les *instrumenta dotalia*. (L. unic. § 1, C. 5. 13 ; la déclaration écrite par laquelle la partie se soumet à la sentence de l'arbitre est réputée contenir une clause de stipulation (4, § 6, C. 2, 56, V. Stouff, *loc. cit.*, p. 267.)

32. — Cette pratique devait engendrer une confusion dans les esprits. En droit, que la mention de la stipulation dans l'écrit probatoire fût complète, réduite à la réponse, ou même seulement présumée, elle ne valait que comme preuve du contrat *verbis*, et, par application des principes généraux que nous avons exposés, la preuve contre la sincérité de l'écrit devait être admise avec la plus entière liberté. Mais la preuve contre un écrit, possible en théorie, est souvent impossible en fait, et un esprit peu initié aux savantes distinctions du Droit est amené à confondre l'écrit qui prouve le contrat et le contrat dont l'existence est indépendante de celle de la preuve. Il faut reconnaître aussi que, tant qu'il n'y a pas d'écrit, le droit manque souvent de preuve ; or, le défaut de preuve, à ne considérer que le résultat pratique, c'est l'inexistence du contrat. Le contrat qui n'est pas encore rédigé n'a pas d'existence utile.

Sous l'influence de ces idées fausses, nous verrons Justinien considérer comme obligé *litteris*, le débiteur qui ne peut plus, à l'expiration du délai de deux ans, se prévaloir de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

33. — Ceci posé, il semble que nous n'avons à étudier que la preuve par écrit du contrat *verbis* : « *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri* : *rogavit Titius, spopondit Mævius*

hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio : nisi contrarium specialiter adprobetur, quo non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. » (7 § 12. D. *de pactis*). On ne doit plus avoir à s'occuper de la convention ou du contrat qui a disparu sous la stipulation novatoire : il ne s'agit plus que de savoir si la stipulation est prouvée par l'écrit qui en mentionne les solennités.

En même temps que l'usage des écrits accompagnés de la formule stipulatoire se répandait, la stipulation cessait d'être un acte purement abstrait, les *verba* ne suffisaient plus pour obliger le débiteur, sans qu'on eût à rechercher quelle était la cause de son engagement. Une réaction s'était produite contre le formalisme de l'ancien Droit et contre son principe essentiel de l'exclusion de la cause. La doctrine qui rattachait la stipulation à sa cause finit par triompher, et dès lors l'efficacité du contrat verbal dépendit de la preuve de l'existence d'une cause valable : « *pendet ex negotio contracto* » « *propter exceptionem inanis est* » disent les textes. « Aussi déjà, il n'est plus aussi vrai que les paroles ou l'écriture consacrées obligent par elles-mêmes ; au fond il faut remonter à une cause première d'obligation, il faut que cette cause existe réellement, sinon l'obligation, quoique subsistant selon le strict Droit civil, reste sans effet. » (Ortolan III, n° 1435). Une stipulation sans cause n'était pas nulle, mais le débiteur avait la *condictio obligationis* pour obtenir du créancier sa libération, par voie d'acceptilation ou autrement (1 p. ; 3 D. 12. 7) ; il avait aussi l'exception de dol pour paralyser l'action du créancier. (May, t. 2. p. 32. n. 2 ; p. 94.)

Le stipulant, pour obtenir la condamnation du débiteur, devant prouver non seulement la stipulation, mais encore la convention ou le contrat cause de cette stipulation, la *cautio* ne pouvait être considérée comme un écrit probatoire complet, que si elle contenait à la fois l'expression de la stipulation et de la cause de la stipulation.

On voit, après ces quelques notions, que la détermination des

effets probants de la *cautio* va nous permettre d'étudier la preuve par écrit non seulement du contrat *verbis*, mais aussi des contrats *re* et *consensu*.

34. — La preuve de la stipulation suppose qu'il est établi que, deux personnes étant présentes, l'une a interrogé, l'autre a immédiatement fait une réponse concordante à l'interrogation.

Nous avons vu que les textes sont formels pour déclarer que la stipulation est établie par le seul fait de l'insertion dans l'écrit de la réponse du débiteur. « *Si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.* (Paul. *Sent.* L. 5 t. 7 § 2 ; § 7. Inst. *de inut stip.* ; 30 D. *de verb. oblig.* ; 1. C. *de contrah. stip.* ; 134 § 2 D. *de verb. oblig...*)

Mais tous ces textes ajoutent : « *si res inter præsentes gesta est*, » ce que nous traduisons : la *cautio* fait preuve de l'interrogation et de la réponse, et de leur conformité ; si, d'autre part, il est établi que les parties étaient présentes lors de la rédaction de la *cautio*.

35. — Ce n'est pas ainsi que les auteurs, en général, entendent « *si res inter præsentes gesta est.* » Il en résulte, disent-ils, que le souscripteur était recevable à prouver qu'il n'avait jamais été en présence de son adversaire ; et cette faculté de faire la preuve contraire, Justinien la supprima, pour couper court aux chicanes soulevées à ce sujet par les débiteurs.

Un examen un peu attentif des textes doit faire écarter cette interprétation. Les textes de Paul et d'Ulpien, le rescrit de Sévère et d'Antonin disent-ils que la *cautio* fait présumer, jusqu'à preuve contraire, la présence des parties et une interrogation suivie d'une réponse concordante ? Nullement. Mais que : « *si res inter præsentes gesta est* », « *si inter præsantes actum est* », il sera présumé que les paroles de la stipulation ont été prononcées.

Alors on comprend ce que dit Justinien : « *Cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non præsentes*

esse vel se, vel adversarios suos contendentibus. (Inst. III, *de inut. stip.* XIX, 12.)

C'est parce qu'il suffit au débiteur de prétendre que lui-même ou le créancier n'a pas été présent à la rédaction de l'écrit, pour que le créancier,qui doit établir l'existence du droit qu'il invoque, soit mis dans la nécessité de faire la preuve de la présence réelle, ou de renoncer à sa demande, qu'il y a là une source de chicanes que Justinien veut tarir. Il ne dit pas, remarquons le, « *tales probationes* », mais « *tales allegationes.* »

Que décide Justinien ? Les Institutes, où est reproduite la c. 14, C. *de contr. et committ. stipul.* 8, 38, nous disent que le débiteur ne peut plus repousser la *cautio* sous le simple prétexte qu'il n'a pas été en présence de son adversaire. Il ne suffit plus d'alléguer, il doit maintenant prouver, par écrit ou par des témoins placés au dessus de tout soupçon, que lui-même ou le créancier a été absent du lieu où l'acte a été passé, pendant toute la journée indiquée comme étant celle de la conclusion de cet acte : « ... *ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus : per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos adprobaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.* » (Inst. III *de inut. stip.*, XIX, § 12.)

Faut-il dire que, d'une façon absolue, la preuve littérale de tous les éléments constitutifs du contrat *verbis*, fut impossible jusqu'à Justinien ? La preuve de la présence réelle des parties pouvait évidemment être faite par l'écrit, quand il avait été « *publice confectum* ». L'écrit contient alors non pas seulement des déclarations des parties, mais aussi le *testimonium scriptum* du tabellion et de témoins dignes de foi, sur les circonstances qui ont accompagné la rédaction de l'écrit.

36. — La *cautio* faisait preuve de la convention et du con-

trat formé *consensu*. On n'en peut douter devant les textes 25, § 4, D. *de probationibus*, et 13 c. *de non num.pec.* qui à la fois décident que la *cautio* non causée est inefficace, et que l'écrit qui exprime la cause de la stipulation fait preuve complète du droit du créancier «... *si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.* (13 C. *de non num. pec.*) De même Paul après avoir déclaré que le créancier qui présente une *cautio* à l'appui de sa demande, est obligé « *debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit* » ajoute : « *nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit : tunc enim stare eum oportet suæ confessioni....* » (25, § 4 D. *de probat.*)

37. — Nous avons vu Justinien décider que la *cautio* prouve la présence réelle des parties jusqu'à preuve contraire, que cette preuve peut être administrée « *per scripturam vel per testes idoneos* ». Ni le texte de Paul, ni la constitution de Justin ne semblent admettre la preuve contraire par témoins. Sans doute, la preuve contraire est possible, mais elle doit être faite « *evidentissimis probationibus in scriptis habitis* » — « *per apertissima rerum argumenta scripto inserta...* » Cependant le défendeur qui prétend mensonger l'écrit qu'on lui oppose doit être admis à faire la preuve de son allégation par tous moyens : « *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur...* » Faut-il donc admettre que les textes de Paul et la const. de Justinien contiennent une exception à cette règle ? Ces textes ne prohibent pas expressément la preuve testimoniale, ils déclarent seulement que la preuve de la simulation des énonciations de la *cautio*, sur la cause de la stipulation, doit être faite par des preuves évidentes et écrites. Le débiteur doit démontrer que la convention énoncée dans l'écrit n'a jamais été formée. La preuve par témoins de la non-existence d'un fait est toujours difficile, si ce fait est une convention n'est-elle pas impossible? La volonté

est impénétrable, la preuve par témoins contre la manifestation écrite de la volonté ne se conçoit même que difficilement. Alors il faut lire nos textes : le débiteur doit s'en tenir à sa déclaration écrite « *suis confessionibus acquiescere debet* », s'il n'en démontre la fausseté « *evidentissimis probationibus, per apertissima argumenta* », qui, par la nature même des choses, ne peuvent résulter que des énonciations d'un autre écrit.

38. — Nous venons de voir que la *cautio* causée établit jusqu'à preuve contraire l'existence de la stipulation, et de la convention ou du contrat consensuel qui lui sert de cause. Que faut-il décider si cette cause est un contrat réel ?

Lorsque la promesse énoncée dans une *cautio* avait sa cause dans un *mutuum*, tous les textes déclarent que la mention dans la *cautio* que le prêt a eu lieu, n'a aucun effet, qu'il suffit au débiteur d'opposer au créancier l'exception *non numeratæ pecuniæ* pour que celui-ci soit obligé de faire la preuve de la réalité de la *mutui datio*. « *Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri ceperis : exceptione opposita, seu doli, seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam sibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequetur.* (3. C. *de non num. pec.*).

39. — Il y a là, dit-on, une dérogation aux règles du droit commun. Le mot exception est inexact pour qualifier le moyen de défense tiré du défaut de numération : il n'y a pas de *mutuum* sans numération, le débiteur qui prétend n'avoir rien reçu contredit donc directement la demande.

Que ce soit un moyen de défense ou une exception, il semble que le débiteur devrait avoir à justifier son allégation. Il suffit qu'il nie la numération pour que la mention de cette numération, contenue dans l'écrit, soit présumée fausse ; ce qui oblige le créancier à prouver que la somme qu'il réclame a été réellement versée. « L'anomalie d'une telle législation, dit Accarias, nous révolte par les habitudes de fraude qu'elle suppose, et il est difficile de l'expliquer autrement que par une pratique très familière aux capitalistes, et consistant à exiger la promesse ou la reconnais-

sance de l'emprunteur un certain temps avant la réalisation du prêt ». (Accarias, t. II, p. 402). L'écrit est frappé d'une présomption de mensonge et une présomption est certainement basée sur ce qui arrive le plus souvent.

40. — C'est, à notre avis, invoquer des raisons secondaires. L'*exceptio non numeratæ pecuniæ* trouve son explication dans les idées des Romains en matière de preuve. Le créancier est obligé de prouver la numération des espèces, quoique cette numération soit exprimée dans la *cautio*, parce que les déclarations écrites des parties ne peuvent donner la certitude que les faits qu'elles énoncent ont existé réellement. Si l'existence d'une convention peut être établie par écrit, est-ce parce que preuve véritable en est ainsi faite ? C'est parce que la preuve directe du consentement, fait intellectuel et insaisissable, est impossible, qu'on ne peut qu'en présumer l'existence, et que les déclarations écrites des parties permettent une présomption de sincérité au moins aussi forte que les déclarations orales rapportées par les témoins qui les ont entendues. Mais la numération est un fait matériel, tombant sous les sens, qui peut être prouvé directement par témoins : la *cautio* ne pouvant fournir qu'une présomption, les Romains devaient nécessairement l'écarter.

41. — L'étendue d'application que reçut l'exception *non numeratæ pecuniæ* confirme notre opinion. Suivant Cujas, cette exception s'appliquait, d'une manière générale, dans tous les contrats qui se consommaient par la tradition : « *Nam hæc lex* 14, *hoc tit. significat eam exceptionem locum habere in omnibus contractibus qui re contrahuntur.* » (Cujas, *ad. tit. de non num. pec.*). Cette opinion est peut-être exagérée, mais il y eut certainement, chez les jurisconsultes, tendance à lui donner cette extension, puisque nous voyons Justinien soustraire formellement à son application les écrits constatant des dépôts soit de sommes d'argent, soit de toutes autres choses : « *Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum, talem exceptionem opponere litigatores conantur, justum esse perspeximus, hujus modi potestatem in certis*

quibus casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. (14, § 1 C. *de non num. pec.*)

Justinien ne rejette pas absolument notre exception dans cette hypothèse, et on peut, avec Cujas, voir dans cette décision une dérogation au droit commun.

42. — Nous voyons, par un rescrit de Sévère et d'Antonin, qu'une exception était accordée au mari qui avait reconnu dans l'*instrumentum dotale* qu'il avait reçu la dot promise. Les interprètes appellent cette exception *non numeratæ vel non datæ dotis* ou *dotis cautæ sed non numeratæ.* Elle avait le même effet que l'exception *non numeratæ pecuniæ ;* elle obligeait la femme demanderesse en restitution de la dot à faire la preuve de la réalité de la numération exprimée dans l'écrit. (1 C. *de dote cauta non numerata ;* Auth. *Hanc autem...* C. *de non num. pec.* ; Nov. 100....)

43. — Le c. 14 C. *de non num. pec.* ne permet pas de douter que notre exception ne fût applicable, non seulement aux prêts d'argent, mais encore aux prêts de toute espèce : « *In contractibus, in quibus pecuniæ, vel aliæ res numeratæ, vel datæ esse conscribuntur, non intra quinquennium (quod antea constitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit, vel successor ejus : sed intra solum biennium continuum...* (14 p. C. *de non num. pec.*)

44. — Comment expliquer autrement que par les idées des Romains sur les effets probants des écrits que nous avons exposées, l'application de notre exception aux quittances. Justinien nous dit que le créancier qui n'a délivré qu'une quittance partielle, ou qui, ayant donné quittance du tout, est resté nanti du titre, peut obliger le débiteur à faire la preuve du paiement qu'il prétend avoir fait. (14, § 1 C. h. t.)

45. — La *cautio* était-elle absolument impuissante à faire la preuve d'une numération d'espèces ou de la remise d'une chose ?

Doneau, *ad leg.*, 3 h. tit., fait remarquer avec raison qu'il

faut distinguer l'acte privé proprement dit, de l'acte *publice confectum*, et il donne exactement le motif de cette distinction : « *Quoniam hæc exceptio non tribuitur scripturæ, sed confessioni quæ scriptura exprimitur.* »

Or les *acta forensia* contiennent non seulement les déclarations des parties, mais aussi le *testimonium scriptum* du tabellion et des témoins sur les faits et les circonstances qui ont accompagné la rédaction de l'écrit. Si donc, dans la *cautio publice confecta*, le tabellion et les témoins déclarent qu'ils ont vu le créancier verser la somme aux débiteurs, alors l'écrit fera preuve de la numération, et l'exception *non numeratæ* ne pourra plus être invoquée que par le débiteur. « *Standum esse instrumento,* dit Doneau avec Bartole, *neque hic locum esse exceptioni non numeratæ pecuniæ. Et recte..... quoniam, instrumento ita concepto, non tam convenitur debitor ex cautione sua, quam ex confessione et instrumento notarii.* » La preuve de la réalité de la numération est alors faite directement par le témoignage écrit du tabellion et des témoins (1).

46. — Même lorsque la déclaration que les espèces ont été versées émane du débiteur, la *cautio* peut faire preuve de cette numération.

---

(1). La constitution de l'empereur Léon. 11 C *qui pot. in pign.*, qui déclare que l'époque où un acte constatant une constitution d'hypothèque a été rédigé ne peut être établie par écrit qu'au moyen du *testimonium scriptum* du tabellion ou des témoins instrumentaires des *acta publice* et *quasi publice confecta*, fournit un argument très puissant en faveur de notre solution. Quand la preuve de la date de l'acquisition d'un droit de gage ou d'hypothèque constatée par écrit doit être faite par un créancier contre un autre créancier, la constitution *Scripturas* décide : « *cum qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus etiamsi posterioris contineatur : nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur : tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* » (11 C. *qui pot. in pign.*) Cette constitution a été considérée, en quelque sorte, comme exceptionnelle : nous l'expliquons en disant que, pour établir la date d'un acte écrit, il n'est pas de preuve supérieure au témoignage écrit du tabellion et des témoins instrumentaires.

Sans qu'il eut à faire la preuve la non numération des espèces, ou de la non remise de la chose, le débiteur pouvait, s'il ne voulait pas attendre la poursuite du créancier, « *condicere obligationem* », c'est-à-dire demander la restitution de la *cautio* remise par lui. Mais après cinq ans, délai réduit à deux ans par Justinien, si le débiteur n'a pas exercé la *condictio obligationis*, il ne peut plus invoquer l'*exceptio non numeratæ pecuniæ :* l'inaction du débiteur fait présumer la sincérité de la *cautio*, et, dès lors, elle fait foi de la réalité de la numération (4. 7. 8. C. *de non num. pec.*) (2). La *cautio* devenait absolument incapable d'acquérir cette force probante si, comme le décide Justinien (14, § 4, *C. hoc. tit.*), le débiteur avait adressé une *denuntiatio*, c'est-à-dire une protestation écrite, soit au créancier, soit à certaines autorités.

47. — Quelle est cette force probante acquise par la *cautio* ? Il semble naturel de décider que, dès lors, la numération, comme la convention et la stipulation, est prouvée, mais jusqu'à preuve contraire. Cependant la grande majorité des interprètes déclarent que le débiteur qui a laissé passer le délai légal sans agir, est déchu du droit de faire tomber la preuve résultant de la *cautio*. Ils s'appuient sur les textes 8, 14, p. et § 3 h. tit., qui déclarent que la « *querela de non numerata pecunia* » n'est plus admise, et que le débiteur doit payer : « *Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore deducto, omnino heres ejus, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur* » ..... « *nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci potest* » ..... « *in quibus non permittitur exceptionem*

(2) Un délai moins long permettait à l'*instrumentum dotale* et à la quittance, de faire preuve de la numération. A l'origine, l'exception *non numeratæ dotis* put être opposée pendant un an après la dissolution du mariage. (3 C. *de dote causa et non num.*). Justinien réduisit le délai à trois mois pour le cas où le mariage aurait duré plus de deux ans, et la supprima tout à fait, lorsqu'il se serait prolongé au delà de dix ans. (Nov. 100. C. 2). Le créancier ne pouvait opposer l'exception *non solutæ pecuniæ*, aux quittances signées de lui, que pendant trente jours (14 § 3 C. *de non num. pec.*)

non numeratæ pecuniæ opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum : in his nec jusjurandum offerre liceat. »

48. — Tel n'est pas, ce nous semble, le sens de ces trois textes. Au bout de deux ans le débiteur ne peut plus « *queri de non numerata pecunia* » : il faut entendre que l'*exceptio*, la *condictio obligationis* et la *denuntiatio* ne sont plus possibles. Preuve complète étant faite contre le débiteur, il ne peut plus, par une simple dénégation, se dérober à l'exécution de son obligation, et c'est aussi parce que le créancier a complètement justifié sa demande, qu'on ne doit pas donner effet à l'affirmation par serment du débiteur, que la numération n'a pas été faite.

Bartole nous semble avoir parfaitement répondu à l'argument tiré de ces textes en disant : « *Ad istas omnes leges respondeo verum, si vult onus probationis transferre in creditorem, secus si ipse in se suscipiat, probare vellet.* » (*Ad leg. 3* C. de *non num. pec.*)

49. — Si la *cautio,* le délai de deux ans écoulé, n'admet pas la preuve contraire, elle n'est plus un simple moyen de prouver, et on est dans la nécessité de dire, ce qu'ont fait Maynz et Ortolan, que Justinien a eu raison de considérer « *post biennium* », la *cautio* comme étant une *causa obligationis ;* et que, dès lors, le débiteur est obligé *litteris* (Inst. *de litt. oblig.* III, 21) : « On pouvait dire que passé ce délai de cinq ou de deux ans, la *cautio* ou le *chirographum* constituait une obligation littérale, puisque le signataire devait être condamné sur la seule production de l'écrit, de même que le *promissor* dans la stipulation est condamné par cela seul qu'il s'est obligé sur parole. C'est ainsi que Justinien comprit la chose, et c'est par ce motif qu'il fit figurer, à la place de l'ancienne obligation littérale, cette nouvelle institution d'une origine tout à fait différente. (Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, § 333, p. 344, n. 8 ; V. aussi Ortolan, t. III, n° 1433 et s..., 1440.) Mais nous ferons remarquer, comme le fait d'ailleurs Maynz lui-même, qu'il manque à cette *litterarum obligatio* l'élément fondamental de tout contrat, le consentement

de la partie obligée. Cependant Maynz n'en dit pas moins que Justinien a eu raison de s'exprimer comme il l'a fait.

30. — On a confondu la difficulté de fait et l'impossibilité de droit.

Les textes disent-ils expressément que la preuve contraire n'est pas admise ? Nullement. Ils disent que le débiteur après deux ans « *queri non potest* », qu'il ne peut plus obliger le créancier à prouver directement la numération : il faut donc appliquer le principe : « *Plus valere quod agitur...* »

Mais, nous dira-t-on, vous admettez que le débiteur peut prouver qu'il n'a rien reçu : la preuve d'une négation est impossible. Il nous semble que c'est ainsi que raisonne la c. 10 C. *de non. num. pec.* Le délai de deux ans passé, elle compare la situation du débiteur qui prétend avoir payé à celle du débiteur qui prétend n'avoir rien reçu. Dans le premier cas, le débiteur peut faire la preuve de son allégation, même après deux ans ; dans le second cas aucune preuve n'est possible : car la preuve d'une négation est impossible, et, le délai de deux ans passé, il ne peut plus mettre à la charge du créancier la preuve de la proposition contraire, « *queri non potest.* »

Sans doute, s'il s'agit d'une négation indéfinie, la preuve est impossible, mais impossible de fait, non de droit. Mais pourquoi supposer une négation indéfinie ? Si la *cautio* exprime que le débiteur a reçu la somme à telle date, en tel endroit, le débiteur est-il dans l'impossibilité de fait de prouver qu'à la date et dans le lieu indiqués, il n'a rien reçu ?

31. — Doneau va jusqu'à dire que l'écrit émané du créancier, et déclarant que la numération n'a pas eu lieu, serait impuissant à faire tomber la force probante acquise par la *cautio* à l'expiration du délai de deux ans : « *Hoc instrumentum non probat pecuniam debitori non esse numeratam ; probat quidem de eo tempore de quo creditor confessus est et quo instrumentum scripsit. Sed fieri potest ut postea creditor numeraverit pecuniam, et si creditor id dicit, habenda fides erit, quia non exigitur amplius probatio.* (Doneau, *ad leg. Si intra.* C., *de*

non num. pec.) Doneau admet ainsi que l'écrit peut faire preuve de faits non seulement antérieurs ou contemporains de sa rédaction, mais encore postérieurs. La *cautio* ne fait pas présumer d'une façon absolue qu'une numération a eu lieu, mais qu'une numération a eu lieu antérieurement ou au moment où elle a été rédigée : un écrit postérieur en date peut donc détruire cette présomption.

D'ailleurs le raisonnement de Doneau, fût-il juste, ne peut remplacer un texte qui nous permette de reconnaître une exception à la règle : « *Plus valere quod agitur.* »

CONCLUSION

Dans une législation où l'intime conviction du juge est une condition nécessaire pour qu'un jugement puisse être rendu, il ne peut être question de déterminer d'une façon précise les effets probants d'un moyen de preuve. « *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuiqui rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest...* » A plus forte raison ne doit-on pas songer à fixer quel est, de deux moyens de preuve, celui qui a le plus d'autorité. Le juge prend où il veut les éléments de sa conviction, tous les modes de preuve doivent, en principe, être également admis. Aussi ne rechercherons-nous pas, comme l'ont fait la plupart des interprètes du Droit romain, si la preuve littérale était plus ou moins usitée, plus ou moins importante que la preuve testimoniale (1).

Indiquons simplement les idées générales qui se dégagent des solutions que nous avons données.

Le principe qui a conduit les jurisconsultes romains à déclarer tous les moyens de preuve admissibles, les obligeait aussi à préférer ceux qui donnent une preuve directe à ceux qui ne fournissent qu'une simple présomption, et, au moins en fait, à classer ces derniers, selon le degré de probabilité qu'ils peuvent engendrer.

Le consentement est un fait insaisissable ; l'existence d'une convention ne peut être établie que par présomptions. L'expression écrite de la volonté des parties fournit une présomption plus forte

(1) V. cette question. Pothier, *Pand. Just.*, L. 22, tit. 3 ; Domat, *Lois civiles*, L. 4, tit. 6, s. 2, n. 4 et 7 ; Voët, *Comment. ad Pand.* ad. tit. *de testibus* ; Cujas, *ad.* tit. Cod. *de testibus* ; Doneau, *Comment. ad leg.*, 15 C. *de fide instrum* ; Deröme, *Revue de législation*, ann. 1849, p. 291.

que son expression orale rapportée par les dépositions des témoins : pour la preuve des conventions, les Romains ont reconnu la supériorité de la preuve littérale sur la preuve testimoniale (13, C. *de non num. pec.* 25, § 4, D. *de probat.*, 18 C. *de testibus*, Nov. 90, ch. II).

Les faits matériels peuvent être prouvés directement par témoins ; on ne peut que présumer leur existence, quand ils ont été l'objet de déclarations écrites faites par les parties : jusqu'à Justinien, la présence réelle des parties à la rédaction de la *cautio*, dut être établie par témoins ; de même, la déclaration écrite que la tradition nécessaire pour la perfection des contrats réels a eu lieu, a toujours été impuissante à faire preuve immédiatement, de la réalité de cette tradition. Mais les Romains durent nécessairement, même pour la preuve des faits matériels, ajouter foi à l'écriture, quand elle exprime non les déclarations des parties, mais le témoignage de tiers dignes de foi. Ainsi nous avons admis que les *acta publice confecta* pouvaient prouver la présence réelle des parties, et la réalité de la numération (11, C. *qui pot. in. pign.*).

Deux causes peuvent rendre la preuve par témoins des faits matériels moins digne de foi, et lui faire préférer la simple présomption, que fournissent sur ces faits, les déclarations des parties : avec le temps le souvenir s'efface, il devient confus quand les mêmes faits se reproduisent fréquemment.

Pendant cinq ans le débiteur peut *condicere obligationem* : au bout de ce temps, la présomption qu'une numération a été faite, résultant des énonciations de la *cautio*, doit être préférée à la preuve testimoniale, quoique celle-ci prouve directement le fait même de la numération.

Justinien a réduit à deux ans le délai après lequel l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne peut plus être opposée. Les relations juridiques étant devenues de plus en plus fréquentes, deux années suffisaient, au temps de Justinien, pour rendre la preuve testimoniale incertaine, et lui faire préférer les déclarations écrites des parties, alors surtout que le débiteur pouvait, par une simple *denuntiatio*, anéantir les effets de ces déclarations.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — Cours de droit civil. (4e édit.) 1869-1883. — 8 vol.

Balleydier. — De la date certaine. Thèse. Paris, 1880.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de Droit civil. (2e édit.) — 2 vol.

Basnage. — Traité des hypothèques. Rouen, 1724. — 1 vol. in-12.

Boiceau. — Traité de la preuve par témoins en matière civile. Trad. avec addit. de Danty. 1 vol. in-4°. — 1769.

Boistel. — Cours de Droit commercial, 1884-1887. — 1 vol.

Bonnier. — Traité des Preuves (5e édit.), 1888. — 1 vol.

Bourjon. — Le Droit commun de la France, et la coutume de Paris réduits en principe. Paris, 1770. — 2 vol. in-f°.

Braas. — Théorie légale des actes sous seing privé. Bruxelles, 1870.

Dargentré. — Commentarii in patrias Brittorum leges. Parisiis, 1614. — 1 vol. in-f°.

Delamarre et Lepoitevin. — Traité théorique et pratique du Droit commercial, 1861. — 6 vol. in-8°.

Demangeat-Bravard. — Traité de Droit commercial, 1862-1868. — 6 vol.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil. — 9 vol. in-8°.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon. — 31 vol. in-8°.

Denisart. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, 1773. — 4 vol.

Dumoulin. — Omnia quæ exstant. Parisiis, 1681. — 5 vol. in-f°.

Esmein. — Etudes sur les Contrats dans le très ancien Droit français, 1883.

Ferrière. — Dictionnaire de Droit et de pratique, 1740. — 2 vol. in-4°.

Ferrière. — Commentaires sur la coutume de Paris, 1714. — in-f°.

Fourcade. — De la Simulation en Droit civil et en Droit fiscal. Thèse. Nancy, 1887.

Guillouard. — Etendue d'application de l'art. 1328. *Rev. critique*, 1879.

Guyot. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale. Paris, 1784-1785, 17 vol. in-8°.

Larombière. — Théorie et pratique des Obligations. (Nouv. édit.), 1885. — 7 vol.

Laurent. — Principes de droit civil français. Paris et Bruxelles, 1872-1878. — 33 vol. in-8°.

Lebrun. — Traité de la Communauté, 1754. — vol. in-f°.

Lyon-Caen et Renault. — Précis de droit commercial, 1887. — 2 vol. in-8°.

Marcadé continué par P. Pont. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon. — 12 vol. in-8°.

Marinier. — De la date certaine, 1862. — 1 vol.

Massé. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil, 1874. — 4 vol.

Merlin. — Questions de droit.

Pardessus. — Cours de Droit commercial (6e édit.). — 4 vol.

Planiol. — Note sur la nature des effets de l'action paulienne. *Rev. crit.*, 1882.

Stouff. — Etude sur la formation des contrats par l'écriture. *Nouv. Revue historique*. Ann., 1887.

Toullier. — Droit civil français continué et complété par Duvergier (6e édit.). — 8 vol.

Troplong. — Droit civil expliqué, 1845-1862. — 27 vol. in-8°.

DROIT FRANÇAIS

—

ÉTUDE

SUR LA PREUVE DE LA

DATE DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

A L'ÉGARD DES TIERS (Art. 1328 C. civ.)

---

1. — La date présente une égale importance dans tous les actes écrits, quelles que soient les formes qui les entourent ; mais elle ne donne naissance à de graves difficultés que dans les actes sous seing privé. L'acte authentique fait en effet foi de sa date *erga omnes* et jusqu'à inscription de faux. Cela est certain. Il résulte en effet de l'art. 12 de la loi du 25 ventôse an XI sur le Notariat, que les notaires doivent constater au nom de tous la date des actes qu'ils reçoivent ; d'autre part, l'art. 1328 considère l'existence d'un acte sous seing privé comme certaine quand cet acte est relaté dans un acte authentique.

2. — Avant d'aborder les difficultés que fait naître la question de la date des actes sous seing privé, nous exposerons brièvement quels sont les effets de ces actes.

Art. 1322. « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel

on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. »

A la différence de l'acte authentique, l'acte sous seing privé n'a pas d'effet par lui-même : il faut tout d'abord qu'il soit reconnu ou légalement tenu pour reconnu.

3. — Cette proposition : l'acte sous seing privé n'a pas d'effet par lui-même, est peut-être un peu absolue. Comme le remarque Laurent (t. XIX, p. 286), celui qui produit un acte sous seing privé ne fait pas une pure allégation : « L'acte sous seing privé a une apparence de vérité qui suffit pour lui donner quelqu'effet ; le demandeur n'est pas tenu de prouver son allégation, c'est celui à qui l'acte est opposé qui doit ou en reconnaître ou en contester la vérité, il suffit qu'il ne la dénie point pour que le juge doive le regarder comme reconnu. » S'il y avait allégation pure et simple, le demandeur devrait procéder comme dans l'ancien droit, commencer par assigner le prétendu signataire en vérification d'écriture.

4. — La raison de cette différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est évidente. La question d'origine doit être d'abord réglée, avant qu'on puisse parler des effets d'un acte écrit. Quand il s'agit d'un acte qui a la forme authentique, toutes les probabilités sont que la signature qu'il porte est bien celle de l'officier public qu'elle désigne, et par conséquent qu'il a été dressé par lui, sur l'ordre des personnes mentionnées. Il n'en est pas de même des actes sous seing privé : ils portent généralement des signatures inconnues, le faux est plus facile dans cette sorte d'actes écrits. A vrai dire, la question d'origine se pose aussi bien pour les actes authentiques que pour les actes sous seing privé, mais rien dans les actes sous seing privé ne permet de considérer cette question comme résolue.

Il faut donc établir que les signatures que portent les actes sous seing privé émanent réellement des personnes qu'elles désignent. Ce résultat est obtenu par la reconnaissance volontaire, et, en cas de dénégation, par la reconnaissance judiciaire ou forcée.

3. — Supposons l'acte sous seing privé reconnu ou tenu pour reconnu, et demandons-nous quels en sont les effets. Aux termes de l'art. 1322 il « a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. » et l'art. 1319 dit : « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. » Cette assimilation de l'acte sous seing privé à l'acte authentique est-elle exacte ?

L'acte authentique fait foi de son authenticité ; il est réputé émaner de l'officier public qui paraît l'avoir reçu, jusqu'à inscription de faux. Il fait foi jusqu'à inscription de faux, des mentions qu'on ne peut contester qu'en accusant l'officier public d'avoir commis un faux, qu'en attaquant sa véracité, des faits que l'officier public a constatés comme en ayant eu connaissance *propriis sensibus*. Enfin il fait foi de la véracité des déclarations émanées des parties, des conventions intervenues entre elles. Ces faits, n'étant constatés par l'officier public que sur le témoignage des parties, n'offrent plus autant de garanties : ils ne sont tenus pour vrais que provisoirement, et la réalité peut en être contestée par tous les intéressés. Tels sont, très résumés, les effets probants des actes authentiques. Faut-il en dire autant des actes sous seing privé? Les termes de l'art. 1322 semblent formels. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de son authenticité comme de l'existence des faits que l'officier public constate comme les ayant perçus *propriis sensibus* parce qu'il s'agit des déclarations d'un officier public, et que le témoignage d'un officier public mérite aux yeux de la loi toute confiance. Quand l'acte sous seing privé est reconnu ou tenu pour reconnu, il est établi jusqu'à inscription de faux que l'acte émane de la partie dont il porte la signature. Mais toutes les déclarations que contient l'acte sous seing privé sont des déclarations des parties et rien de plus. L'effet des déclarations des parties dans un acte sous seing privé ne peut être plus étendu que dans un acte authentique. Le témoignage des parties doit inspirer la même confiance, qu'il soit consigné dans un acte public ou dans un acte sous seing privé :

or, nous avons vu que lorsqu'il s'agit de faits que l'officier public a mentionnés, sans en avoir eu connaissance certaine, *propriis sensibus*, mais seulement sur le témoignage des parties, les intéressés sont admis *de plano* à récuser ce témoignage qui n'offre plus autant de garanties. Les déclarations des parties ne sont que provisoirement regardées comme l'expression de la vérité.

6. — A l'égard de qui ces effets des actes privés ont-ils lieu ? L'acte sous seing privé, nous dit l'art. 1322, « a entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. » et l'art. 1319 « l'acte authentique fait pleine foi... entre les parties contractantes et les héritiers ou ayants cause. » Ces deux articles contiennent de l'avis de tous les auteurs une erreur législative. Le législateur aurait confondu la force probante de l'acte avec l'effet obligatoire de la convention. Si la convention ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers, l'acte qui la constate n'en prouve pas moins l'existence *erga ommes*, donc à l'égard des tiers : « *rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscunque.* » dit Dumoulin ; et Jaubert dans son rapport : « Dumoulin qui a traité cette matière avec son érudition et sa sagacité ordinaires, avait réduit la théorie de cette partie importante du droit à ce principe que l'acte public prouve contre les tiers *rem ipsam.* » Le confusion faite dans l'art. 1319 entre l'effet obligatoire de la convention et l'effet probant de l'écrit, a été répétée dans l'art. 1322.

Laurent signale une raison qui pourrait faire douter de la possibilité d'étendre aux tiers les effets d'un acte sous seing privé. Ces effets ne se produisent que quand l'écrit a été reconnu ou tenu pour reconnu, ils résultent donc de la reconnaissance volontaire ou forcée faite en justice. « Or, qu'est-ce que la reconnaissance ? C'est un aveu ; et l'aveu, comme toute manifestation de volonté, n'a d'effet qu'entre les parties qui interviennent dans le fait juridique ; si l'acte est opposé au signataire, et s'il avoue que la signature est de lui, cet aveu est, à la vérité, absolu à l'égard du signataire, mais il n'a pas d'effet à l'égard des tiers.

Si l'on m'oppose un acte que le signataire a reconnu, est-ce à dire que je sois lié par cette reconnaissance ? Je répondrai que je n'ai pas reconnu l'acte que l'on m'oppose, que, par conséquent il ne fait aucune foi à mon égard. Le porteur de l'acte invoquera-t-il la vérification judiciaire ? Le même doute reparaît. Dans ce cas, l'acte doit sa foi à un jugement ; or, le jugement constate bien que l'acte a été vérifié à l'égard du signataire, mais il n'a pas été vérifié à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties en cause ; la vérification n'existe donc pas à leur égard. » (Laurent, T. XIX, p. 301).

Il est certain que le législateur ne s'est pas arrêté devant cette difficulté : l'art. 1328 refuse à l'acte sous-seing privé le pouvoir de faire foi de sa date, c'est donc que sous les autres rapports il fait foi à leur égard.

7.—La doctrine et la jurisprudence sont unanimes en faveur de l'effet des actes privés *erga omnes*, elles ont pour elles l'autorité de la tradition. — Le meilleur argument, nous le verrons, en faveur de l'extension aux tiers des effets des actes écrits est tiré de l'esprit des Ordonnances de Moulins et de 1667 et de l'art. 1341 du C. civ. Les inconvénients auxquels le législateur a voulu obvier par ces dispositions législatives, en proscrivant la preuve par témoins, se manifestent qu'il s'agisse de prouver par témoins contre un tiers ou contre une partie l'acte juridique objet du litige.

Après avoir ainsi exposé, aussi brièvement que possible, les effets généraux des actes sous-seing privé, en suivant les solutions généralement admises, en évitant les controverses qui ont été soulevées principalement sur les textes, et que nous retrouverons plus loin, nous croyons pouvoir aborder l'objet de ce travail : l'étude de l'art. 1328 et de la preuve de la date des écrits privés à l'égard des tiers.

Dans la première partie consacrée à l'interprétation de l'art. 1328, nous n'exposerons le système que nous avons adopté qu'après avoir examiné et critiqué la doctrine et la Jurisprudence.

Dans la deuxième partie, purement pratique, nous rechercherons quels sont les cas principaux d'application de l'art. 1328.

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES

8.— Du Caurroy, dans sa critique de l'interprétation de l'art. 1328 faite par Toullier, lui reproche de laisser les ayants cause à titre particulier sans défense contre les antidates frauduleuses : « Si jamais la jurisprudence des tribunaux permettait qu'un acquéreur pût opposer à l'autre la date d'un acte privé, il n'y aurait pas un donataire, pas un acheteur qui pût *se reposer avec confiance sur ses titres.* » (Thémis, t. III, p. 66). — « Cette nécessité d'une date certaine à l'égard des tiers, dit Bonnier, n'est autre chose qu'une *précaution* qui, inconnue pendant longtemps en jurisprudence, n'a été introduite dans notre ancien droit que par des *considérations d'utilité pratique.* » Et Demolombe : « C'est afin de prévenir certaines fraudes qui pourraient être si facilement commises, dans les actes sous seing privé, par des antidates, que le législateur a édicté la disposition de l'art. 1328. Afin de prévenir certaines fraudes, disons-nous. — Lesquelles ? — Le législateur a-t-il eu la prétention de pourvoir à tous les dangers imaginables que peut offrir, dans la pratique, l'incertitude de la date dans les actes sous seing privé ? Assurément non ! Il a donc eu *seulement en vue un certain genre de fraudes*, l'un des plus dangereux ; à savoir : celui par lequel les parties con-

tractantes, dans un acte sous seing privé, pourraient entreprendre de porter atteinte, après coup, par un antidate, à des droits antérieurement acquis par des personnes qui n'ont pas figuré dans cet acte. »

Aubry et Rau et Larombière, dans leur définition du mot « tiers », semblent avoir entrevu que la bienveillance arbitraire du législateur voulant garantir certaines personnes contre certaines fraudes ne fournissait pas une explication suffisante de la disposition de l'art. 1328, qu'il n'y avait pas pure faveur faite aux tiers, mais droit pour ces personnes, de ne pas être soumises aux effets de la date mise sur les actes sous seing privé par les souscripteurs de ces actes : « On doit, dans cette matière, *considérer comme tiers, tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante*, et qui se trouvent soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels, dont l'existence ou l'efficacité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé » (Aubry et Rau, t. VIII, p. 249. — V. Larombière, *Traité des obligations*, art. 1328, n° 8).

9. — Si l'on admet que l'art. 1328 est une disposition protectrice, pour connaître quelles personnes, désignées par le mot « tiers », peuvent invoquer cette protection, on doit rechercher quelles ont été les intentions, les pensées du législateur.

Les œuvres des anciens auteurs, les arrêts de l'ancienne jurisprudence, donnent sur chacune des dispositions du Code les idées généralement acceptées à l'époque de sa rédaction. On peut supposer que le législateur ne s'en est guère écarté. Si devant de nouveaux besoins, il a introduit des dispositions nouvelles dans la loi écrite, les motifs qui l'ont poussé à innover nous sont donnés par les documents qui nous sont parvenus sur les travaux préparatoires de la loi.

10. — Les auteurs français nous ont paru s'inspirer de ces raisonnements dans la méthode qu'ils ont suivie pour interpréter

l'art. 1328. Nous rechercherons avec eux quels renseignements nous sont fournis par l'ancien droit, et les travaux préparatoires. Ce sera l'objet d'un premier paragraphe.

Dans un deuxième paragraphe, nous exposerons et critiquerons les différents systèmes d'interprétation de l'art. 1328 édifiés par les auteurs à l'aide des renseignements fournis par l'ancien droit et les intentions du législateur qu'ils ont cru découvrir dans les textes du Code et les travaux préparatoires.

Dans un troisième paragraphe, nous donnerons l'explication de notre article qui nous a été suggérée par l'étude de la nature juridique des actes écrits, et des règles qui dans notre droit régissent la prohibition de la preuve testimoniale.

§ I. — Ancien droit. — Travaux préparatoires.

11. — L'art. 1328 du Code civil paraît contenir deux dispositions. Une disposition négative : la date mise par les parties sur les actes sous seing privé ne fait pas foi à l'égard des tiers. Une disposition positive : celle par laquelle est déterminée l'époque qui, à défaut d'effet de la date écrite par les parties, sera considérée, à l'égard des tiers, comme celle où l'écrit a été rédigé.

Nous avons rencontré la première disposition chez plusieurs auteurs du XVI^{e}, du XVII^{e} et du XVIII^{e} siècle. Certains auteurs qui ont écrit à la même époque ne parlent pas de la date des actes privés à l'égard des tiers.

La deuxième disposition ne se trouve que dans Pothier et Lebrun qui ne lui ont pas donné le même développement que le Code civil. Nous montrerons, dans la suite de ce travail, qu'il n'en est ainsi qu'en apparence, que l'on retrouve l'idée qui est le fondement de notre disposition dans les conditions mises de bonne heure à la preuve du contrat d'hypothèque.

12. — Dumoulin nous dit dans son traité des *Fiefs* (tit. I, § 8, n° 16) en parlant des effets des actes privés à l'égard des tiers : « *Non tamen probat contra tertium, nisi simplicem confessionem recognoscentis... sive hoc nudum factum quod ille,*

contenta in tali scriptura vel ipsam scripturam confessus est, et hoc probat recognitio contra omnes. Sed non præjudicat tertio, nisi in quantum de jure talis confessio potest præjudicare, ex die confessionis factæ : unde hæc recognitio nullo modo trahetur retro ad tempus et datam scripturæ recognitæ, nisi contra ipsum recognoscentem, at non contra tertium, puta habentem medio tempore hypothecam, in qua remanebit prior et potior. Et hoc nisi veritas ex data illius scripturæ, aliter probetur per probationes legitimas cum eo factas. »

D'Argentré déclare, lui aussi, et à plusieurs reprises que la mention de l'époque où l'écrit a été rédigé, n'a pas d'effet à l'égard des tiers, et sur la question du concours des créanciers hypothécaires : « *Porro hæc data non probatur privatis instrumentis, schedulis, apochis et talibus chirographis, ac ne recognitione quidem debitoris, nisi testibus adjuventur.* »

Nous analyserons plus loin ces textes, pour le moment nous ne ferons qu'une remarque : ces deux textes déclarent nettement que la date des actes privés ne fait pas foi contre les tiers, mais si, comme l'art. 1328, ils ne déterminent pas l'époque qui sera considérée comme la date de ces actes à l'égard des tiers, ils disent avec non moins de netteté que le moment de la rédaction pourra être établi par témoins (1).

13. — La question de la date des actes sous seing privé ne se présente pas chez les auteurs postérieurs à propos du rang des créanciers hypothécaires (au XVII^e^ siècle, l'hypothèque cessa de pouvoir être constituée par acte sous seing privé), mais à propos des dettes mobilières contractées par la femme mariée et constatées par acte sous seing privé. Nous ne l'avons trouvée que dans Ferrières et Guyot traitée d'une façon générale.

« Un tel acte ne fait foi en justice, que du jour où il a été reconnu. De plus, un tel acte n'a point de date au préjudice d'un

---

(1) M. Balleydier a trouvé des dispositions analogues dans Tiraqueau, *Du retrait conventionnel.* (V. Balleydier, *De la date certaine*, p. 81.)

tiers, c'est-à-dire qu'avant qu'il ait été reconnu par devant notaires ou en justice, sa date ne peut donner aucune prérogative de temps, au préjudice d'autres personnes qui agissent en vertu d'actes publics ; pour la raison que les parties qui font des actes sous-seing privé peuvent leur donner telle date que bon leur semble. » (Ferrières, *Dict. de droit.* V° *Seing privé.*)

« L'omission de date, dans les actes sous-seing privé, n'est point une nullité. Il faut même observer que lorsqu'ils ont une date, on la regarde en justice comme incertaine, parce qu'il dépend toujours de la partie qui les signe de les antidater ; c'est pourquoi on dit communément de ces actes qu'ils n'ont pas de date. » (Guyot, *Répert. Gén. de Jurisprudence.* V° *Acte.*)

14. — Tels sont les deux seuls passages, d'une portée générale, trouvés par nous chez les auteurs. Un plus grand nombre sont relatifs à l'hypothèse prévue par l'art. 1410 : Quand deux époux sont mariés sous le régime de communauté, les créanciers de la femme peuvent-ils obliger le mari à payer, comme tombées en communauté, les dettes de la femme constatées antérieures au mariage par actes sous seing privé ? L'art. 1410 du Code civil répond à cette question : « La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou plusieurs signataires dudit acte. » Cet article, comme l'art. 1328, contient deux dispositions : une négative, l'autre positive. Il déclare que la date mise sur l'acte sous seing privé constatant la dette mobilière par la femme et son créancier, est inefficace à l'égard du mari représentant la communauté, mais aussi il détermine dans quels cas la créance, quoique constatée par un acte sous seing privé, sera considérée comme antérieure au mariage. Les passages que nous allons rapporter ne contiennent que la disposition négative.

15. — Ferrières ne se prononce pas nettement pour l'inefficacité de la date mise par la femme et son créancier à l'égard du mari. « Comme il serait facile à une femme d'éluder la loi de l'au-

torisation, par antidates de billets et promesses faites par la femme, le mari n'en serait pas tenu s'il apparaissait qu'ils fussent faits pendant le mariage par des circonstances du temps auquel ces promesses auraient paru et de ceux au profit desquels elles auraient été faites ; et s'il n'y avait qu'un simple soupçon, la présomption violente de l'antidate ne s'y rencontrant pas, le mari n'aurait que le recours de l'affirmation de ces créanciers ; ce qui dépend des circonstances et de la prudence du juge. » (Ferrières, *Comment. sur l'art. 221 de la Coutume de Paris*). Cet auteur ne semble pas oser déclarer que l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date à l'égard du mari, il penche plutôt vers la solution contraire. La même hésitation se retrouve dans son Commentaire sur l'art. 220.

Lebrun, qui écrivait à peu près à la même époque, décide que les dettes constatées par acte sous seing privé ne peuvent être opposées, non pas seulement au mari et à la communauté, mais encore à la femme elle-même qui est réputée avoir contracté en temps d'incapacité. Comme il le dit : « Un temps d'incapacité influe sur toute la vie de la femme et annule son billet sous seing privé. »

« Comme il serait aisé à une femme mariée d'éluder la loi de l'autorisation en antidatant des billets d'auparavant son mariage, c'est une maxime constante que le mari n'est point tenu de pareils billets, quoique son contrat de mariage ne porte point de clause de séparation de dettes. Par la même raison, quoiqu'il y ait une clause de séparation de biens dans le contrat de mariage, pareils billets datés d'avant le mariage ne sont pas valables, parce qu'on ne permet pas à la femme séparée de s'obliger sans autorisation ; et par conséquent un billet daté d'auparavant son mariage pouvant être antidaté, n'a pas d'effet..... » (Lebrun, *Traité de la Communauté*, L. II, ch. I, sect. V, nos 18 à 20).

Pothier, Denizart, Bourjon ne sont pas moins précis pour décider qu'une dette de la femme constatée par un écrit sous seing privé ne peut-être opposée à la communauté et à son représentant le mari, mais leurs décisions ont un tout autre caractère.

« Il nous reste à observer que pour éviter les fraudes par les-

quelles la femme pourrait éluder, par des antidates, la règle qui ne lui permet pas de charger la communauté, sans le consentement de son mari, des dettes qu'elle contracte durant le mariage, la jurisprudence des arrêts a établi que la communauté n'était point tenue de toutes les dettes contractées par la femme, par des actes sous signatures privées, quoiqu'ils eussent une date antérieure au mariage, à moins que le créancier ne justifiât la vérité de cette date, sauf à lui à s'en faire payer après la dissolution du mariage par la femme. » Puis après avoir rappelé le passage du *Traité des obligations* que nous verrons plus loin : « Je crois néanmoins qu'on doit avoir égard aux circonstances. » (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 253).

« Comme depuis le mariage la femme ne peut contracter aucune dette sans l'autorisation du mari, celui-ci n'est tenu d'acquitter la dette de la femme qui paraît par sa date antérieure au mariage, qu'autant que les circonstances font présumer que la dette a été réellement contractée antérieurement au mariage. Quand l'obligation de la femme a été contractée par acte passé devant notaire ou autres officiers publics, il est inutile d'avoir recours à des présomptions ; la preuve de l'antériorité est tout acquise. Il en est autrement lorsque l'acte est sous seing privé : c'est alors au créancier a établir par des présomptions puissantes l'antériorité de la dette, et, s'il ne l'établit pas, le mari est déchargé. » Puis Denizart cite à l'appui de son opinion quatre arrêts : du 19 août 1729, du 1er juin 1733, du 11 décembre 1743, du 3 décembre 1744. Ces arrêts décident d'autre part que le créancier a action contre la femme après la dissolution de la communauté. (V. Denizart, *Collection de décisions nouvelles...* v° Communauté de biens, § 9, n° 14).

« Ce qu'on vient de voir au sujet des dettes mobilières, reçoit une exception ; en effet, les dettes dont il est parlé dans la section précédente ne s'entendent relativement à la femme que de celles dont la date est constante ; autrement elles ne seraient plus charges de la communauté, et sans cela on rendrait la femme maîtresse de s'approprier le bénéfice de la communauté ; ce qui

serait intolérable. Tout engagement fait par une femme en puissance de mari, sous signature privée, est nul à l'égard du mari seulement, quoique daté antérieurement au mariage, si la date n'est juridiquement constatée ; au moyen de laquelle nullité, tel engagement n'est charge de communauté. En effet, cessant la nullité exprimée dans la précédente proposition, la femme maîtresse de sa main rendrait inutile la loi qui la rend inhabile à contracter sans autorisation..... Cependant tel billet n'est pas nul relativement à la femme, mais la condamnation contre elle ne peut s'exécuter que sur la nue-propriété de ses propres, tant que le mariage subsiste..... (Bourjon, *Droit commun de la France...* Tit. 10, part. 3, ch. 2, s. 2 ; 1er vol.).

16. — Tels sont les textes contenant des dispositions analogues à l'art. 1410, que nous avons rencontrés chez les anciens auteurs. Nous remarquerons qu'ils ne sont pas tous formels pour déclarer la date mise sur l'acte sous seing privé sans effet à l'égard du mari. Ferrières et Pothier admettent « qu'on doit avoir égard aux circonstances ». Lebrun déclare qu'un billet sous seing privé « n'a pas d'effet » aussi bien relativement à la femme que relativement au mari ; Bourjon décide que l'écrit sous seing privé a effet à l'égard du mari « si sa date est constante », « si sa date est juridiquement constatée » ; Denizart se contente de « présomptions puissantes » d'antériorité au mariage pour donner effet à l'égard de la communauté et du mari.

17. — C'est donc en apparence seulement que ces auteurs sont d'accord sur les effets du billet sous seing privé à l'égard du mari. Si nous recherchons quels motifs ils apportent à l'appui de leurs solutions, ils paraissent unanimes pour alléguer la crainte que la femme ne puisse, par des antidates, éluder l'autorisation maritale. La date mise sur l'écrit par le créancier et la femme, ne peut donc avoir effet à l'égard du mari, par suite d'une présomption de fraude. Est-ce la raison qu'il fallait invoquer ? Ne faut-il pas dire que dans cette question la capacité de la femme n'est pas en jeu ? Que demande le créancier qui présente un acte sous seing privé ayant une date antérieure au mariage ? Que la communauté

paie cette dette, parce q'uelle est tenue des dettes antérieures au mariage ? Si dans notre hypothèse la communauté peut refuser de la payer, n'est-ce pas simplement parce que l'antériorité de la dette, condition essentielle de l'obligation de la communauté, n'est pas établie par l'écrit présenté ? Nous reviendrons sur cette idée quand nous étudierons les applications de l'art. 1328 : il semble bien que l'incapacité de la femme n'a rien à faire ici. (N. 256.)

18. — Trois autres textes, l'un de Lebrun, les deux autres de Pothier, déclarent encore que la date d'un acte sous seing privé n'a pas d'effet à l'égard des personnes autres que les parties contractantes. Lebrun, déterminant les limites de l'obligation de l'ascendant qui a marié son enfant franc et quitte, décide : « Les dettes chirographaires du mari n'entrent point dans cette garantie de crainte de l'antidate. » (Lebrun, *loc. cit.*, liv. II; ch. 3 ; s. 3, n° 76.)

De même Pothier dans le même cas décide : « Observez que dans la distribution du mobilier de l'homme qu'on a déclaré franc et quitte de dettes, on ne doit pas ordinairement, parmi les dettes de l'homme antérieures au mariage, dont la femme doit être garantie, comprendre ses dettes chirographaires ; leur date ne pouvant faire contre des tiers une foi suffisante du temps où elles ont été contractées. (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 358.) Nous remarquerons de nouveau la différence dans l'expression de la même idée par ces deux auteurs. Lebrun dit : les dettes chirographaires « n'entrent point dans cette garantie » ; Pothier est moins catégorique, « on ne doit pas ordinairement comprendre... »

Si un possesseur présente comme juste titre une vente constatée par acte sous seing privé, en invoquant la prescription de dix à vingt ans, Pothier dit : « Comme les écritures privées font bien foi, même contre les tiers, que les actes qu'elles contiennent sont intervenus, mais ne font pas également foi contre les tiers du temps auquel ils sont intervenus à cause de la facilité qu'il y a de les antidater, comme nous l'avons vu en notre *Traité des obligations*, n° 715, le possesseur qui a justifié du titre d'où sa possession procède, par le rapport de l'acte sous signatures privées qui

en a été passé, doit d'ailleurs prouver par témoins le temps qu'a duré sa possession qui a procédé de ce titre. C'est la disposition d'un arrêt du 29 décembre 1716. » (Pothier *De la Prescription*, n° 99). Ce texte a cela de remarquable qu'en même temps qu'il constate l'inefficacité de la date des actes sous seing privé à l'égard des tiers, il autorise formellement celui qui invoque un tel acte à établir, par la preuve testimoniale, l'époque où il a été rédigé.

19. — De cette première partie de nos recherches dans l'ancien droit, il résulte, que l'efficacité à l'égard des tiers de la date inscrite sur les actes sous seing privé, n'était pas admise ou était fortement mise en doute. Nous allons examiner maintenant d'autres textes qui déterminent une époque qui est considérée comme la date de l'acte sous seing privé pour les personnes à l'égard desquelles il ne peut en avoir une par lui-même.

20. — « Une autre matière extrêmement suspecte de fraude, c'est celle des billets contractés dans lesquels le débiteur reconnaît devoir une certaine somme dont il promet de passer contrat de constitution et cependant d'en payer l'intérêt au denier de l'ordonnance : car les arrêts et entr'autres un du 24 mars 1662 rapporté dans le *Journal des audiences* (tome 2, livre 4, chap. 55) les ayant déclarés immeubles, le mari qui est créancier de tels billets, peut aisément en avantager ou en frustrer la femme, en les faisant dater du temps du mariage, supposé qu'ils aient été faits avant le mariage ; en les faisant antidater d'avant le mariage, supposé qu'ils aient été faits depuis, ainsi le droit du conjoint dépend en cela de la foi d'un tiers et d'un débiteur toujours prêt à complaire à son créancier..... ; pour moi j'estime que, nonobstant sa date, il doit être jugé conquêt, non seulement....., mais principalement parce que le mari se portant plus volontiers à antidater à son profit qu'au profit de sa femme selon l'ordre de l'affection naturelle, il y a moins de danger à décider que pareil billet est un conquêt ; outre que le mari se doit imputer, si étant créancier d'un billet qui n'avait point de date certaine, il ne lui en a pas donné une par une reconnaissance devant

notaires, faite avant le mariage ; ou par une déclaration par le contrat de mariage ; ou dans un inventaire fait avant le mariage ; car pour la foi du débiteur, bien loin qu'elle autorise la date du billet, elle est toujours suspecte. (Lebrun, *loc. cit.*, liv. 1, chap. 5, p. 116).

Nons n'analyserons pas ce texte qui prévoit une hypothèse qui ne se rencontre pas dans notre droit actuel. Nous remarquerons seulement que cette solution ne ressemble en rien à celle donnée par le même auteur à propos des dettes de la femme mariée. Il semble comprendre que dans cette question il s'agit seulement de savoir si la date mise sur l'écrit prouve que la chose qui y est contenue s'est passée réellement à l'époque qu'elle indique. Aussi, en principe, il refuse à l'acte sous seing privé effet à l'égard de la femme avant le jour où il lui est présenté. Mais, d'autre part, le jour de la présentation n'est pas la seule date qu'il puisse avoir, tout acte authentique, contrat de mariage, inventaire, reconnaissance d'écriture, qui en constate l'existence, lui donne par cela même une autre date qui s'impose à tous.

21. — Pothier, au n° 715 de son *Traité des obligations*, déclare « que les actes sous signature privée, étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que la chose qu'ils renferment s'est passée sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers ». Il met en présence un créancier qui a fait saisir réellement son débiteur et le fermier qui occupe l'héritage saisi et s'oppose à la saisie en prétendant que l'héritage lui appartient. « Si pour le prouver il produit un acte sous signature privée, par lequel il est dit que le débiteur lui a vendu cet héritage ; et que cet acte ait une date antérieure, non seulement à ma saisie réelle, mais même à ma créance ; il n'obtiendra pas pour cela la main levée qu'il demande ; car cet acte, étant sous signature privée, ne prouve point contre moi, qui suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le jour porté par l'acte... » Comme Lebrun, il admet une restriction à cette solution absolue. L'acte n'aura de date que du jour où il est produit, s'il n'est pas

prouvé que l'écrit existait avant la saisie ou la créance. Comment cette antériorité pourra-t-elle être établie ? Pothier cite, à titre d'exemple, un cas où cette antériorité est certaine, « Si néanmoins l'acte sous signature privée avait une date constatée, *puta*, par le décès de quelqu'une des parties qui l'auraient souscrit, il ferait foi, même contre un tiers, que la chose contenue dans l'acte s'était déjà passée au moins au temps de la mort de la partie qui l'a souscrit ». (Pothier, *Traité des obligations*, n° 715). De ces paroles de Pothier il faut conclure que tous les moyens de constater l'antériorité de l'acte ne doivent pas être admis : « Si l'acte avait une date *constatée* ». Il ne peut donc être question de preuve faite au moment où l'écrit est présenté ; Pothier repousse donc implicitement la preuve testimoniale.

22. — Au *Traité de la vente*, (n° 321) Pothier revient sur cette question de la date des actes sous seing privée à l'égard des tiers. Une personne a acheté une maison, outre la vente l'écrit constate que le vendeur continue de détenir la chose vendue à titre de locataire ou d'usufruitier : il y a tradition feinte résultant de la seule volonté des parties. Pothier avec Gui Pape admet que cette tradition produit les mêmes effets que la tradition réelle, qu'elle transfère la propriété *erga omnes*. Un premier acheteur a qui on n'a fait qu'une tradition feinte de la chose qui lui a été vendue, peut la revendiquer contre un second acheteur qui en aurait la possession réelle. Mais Pothier ajoute : « Pourvu que la preuve de la tradition soit établie par un acte authentique ; ou si l'acte est sous signature privée, pourvu que l'antériorité de la date à la tradition réelle faite au second acheteur, ou à la saisie faite par les créanciers du vendeur, soit suffisamment constatée, *puta*, par la mort de quelqu'une des parties qui l'ont souscrit ». Nous tenons à constater les ressemblances qui existent entre cette hypothèse et celle exposée au *Traité des obligations*. Nous avons dans les deux cas un acheteur qui est devenu propriétaire par la seule volonté des parties sans l'intervention d'aucun fait extérieur : le fermier détenteur avant la vente est devenu à la suite de la tradition feinte *brevi manu* résultant immédiatement du contrat,

propriétaire *erga omnes ;* lorsque le vendeur déclare dans le contrat qu'il possède désormais au nom de l'acheteur une tradition feinte en résulte, et *nuda voluntate* la propriété est transférée à l'égard des tiers. Le droit de propriété de ces deux acheteurs est donc constaté par l'écrit seul. Donc de ces actes sous seing privé résulte au profit de ceux qui les invoquent des droits qui ne peuvent coexister avec ceux d'un acheteur devenu propriétaire par tradition réelle ou d'un créancier qui a saisi réellement. Autrement dit de tels actes de vente expriment à eux seuls que l'acheteur est ayant-cause particulier pour la chose vendue. Plus loin nous tirerons de cette idée les conséquences les plus importantes. (N° 196.)

23. — Nous n'avons cité que les textes des auteurs les plus connus où la question de la date des actes sous seing privé est traitée directement et expressément et qui, à ce titre, ayant pu inspirer les rédacteurs du Code civil, sont invoqués par les auteurs modernes pour l'interprétation de l'art. 1328. Résumons les renseignements que ces textes nous fournissent. Comment répondent-ils à ces deux questions : Quelle est la cause et l'étendue de l'inefficacité à l'égard des tiers de la date mise par les parties sur les actes sous seing privé ?

Quelle date ont ces écrits à l'égard des tiers à défaut de celle inscrite par les parties ?

24. — La première question n'est abordée d'une manière générale que chez Dumoulin, d'Argentré, Ferrières, Pothier et Guyot. Ils refusent formellement tout effet à l'égard des tiers à la date de l'écrit sous seing privé. Pourquoi en est-il ainsi ? Pothier seul répond que c'est parce qu'une telle date ne prouve pas que l'acte a été rédigé à l'époque qu'elle indique : par conséquent celui qui a à établir l'existence dans le temps d'un droit constaté par écriture privée ne peut le faire à l'aide de cette écriture privée. Dans les hypothèses particulières, dettes mobilières de la femme mariée, billet contenant promesse de constitution de rente... nous ne trouvons pas le principe nettement formulé chez tous les auteurs. Pour les dettes mobilières de la

femme mariée, Bourjon et Lebrun seuls sont précis, Pothier lui-même oubliant le principe absolu qu'il a posé dans son *Traité des obligations,* admet que dans ce cas on peut, peut-être, avoir égard aux circonstances. S'ils nous disent pourquoi ils refusent effet à la date des écrits privés, à l'égard des personnes autres que celles qui l'ont écrite, ils invoquent des raisons secondaires. Ils nous disent ce qui arriverait dans la solution contraire : la fraude serait possible. Le mari dans le cas de billet avec promesse de constitution de rente pourrait s'attribuer le profit de la communauté, la femme au moyen d'une antidate pourrait facilement contracter sans l'autorisation de son mari. Invoquer ainsi pour justifier une disposition les conséquences de la disposition contraire, c'est supposer que cette disposition contraire pourrait exister. Or, est-il possible de dire que l'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard des tiers. Non ! car elle ne prouve pas que la chose contenue dans l'écrit s'est passée au jour qu'elle indique. C'est donc une simple application de la règle : *Probatio incumbit ei qui agit*, et non une disposition exceptionnelle par laquelle, pour empêcher la fraude, on restreint les effets naturels de la date mise par les parties. Lebrun lui surtout a oublié qu'il n'y a qu'une question de preuve en jeu ; il annule, pour défaut de date certaine, la dette de la femme constatée par acte sous seing privé. Pour cet auteur c'est par suite d'une présomption légale de fraude que tout effet est enlevé à la date à l'égard du mari. On doit considérer comme prouvé que la femme a traité pendant le mariage, lorsqu'elle était incapable : les dettes chirographaires de la femme sont donc nulles, aussi bien à l'égard de la femme elle-même, que du mari et de la communauté.

23. — Quelle est la date des actes sous seing privé pour les tiers puisque celle indiquée par les parties n'a pas d'effet à leur égard ? Lebrun n'a eu à trancher cette question que dans une hypothèse sur les trois qu'il a prévues : il considère, en effet, comme nulles les dettes chirographaires de la femme, mariée sous le régime de communauté, et du mari, déclaré franc et quitte : la

nullité enlève tout effet à ces dettes, il n'y a plus à en prouver la date. La preuve par témoins pour établir la date des écritures privées à l'égard des tiers est admise formellement par Dumoulin, d'Argentré et Pothier dans son *Traité de la prescription*, implicitement par Guyot et Denizart. Ces auteurs en admettant des présomptions graves, admettent par cela même la preuve testimoniale. Mais Pothier dans son *Traité des Obligations* et dans son *Traité de la Vente*, Lebrun dans le passage où il traite du billet avec promesse de constitution de rente, excluent-ils absolument la preuve par témoins. Nous avons vu que les termes employés par ces auteurs, peuvent le faire penser. Mais alors comment concilier cette solution avec celle donnée au *Traité de la prescription*. Faut-il dire qu'il n'y a que des remarques faites par ces auteurs, de simples constatations, que certaines circonstances par leur connexité avec les écritures privées, donnent à celles-ci la force de faire, par elles seules, foi de leur date ? la mort d'un des signataires pour Pothier, la relation dans le contrat de mariage, dans un inventaire pour Lebrun ne sont-elles que des circonstances ayant ce caractère et énumérées à titres d'exemples ? Faut-il dire plutôt que, en principe, les actes sous seing privé n'ont de date à l'égard des tiers qu'au jour où ils leur sont opposés, que par exception l'effet de ces actes remonte à leur égard au jour de la mort d'un des signataires ou au jour où leur existence est constatée dans un acte authentique, que, en aucun cas, la preuve testimoniale n'est admise.

Nous ne croyons pas, en présence des textes que nous avons cités, que l'on puisse se prononcer absolument dans un sens ou dans l'autre.

26. — Recherchons maintenant quelles ont été les intentions des rédacteurs du Code, lorsqu'ils ont écrit les articles où, d'une manière générale et dans des hypothèses particulières, ils ont décidé que la date des actes sous seing privé n'a pas d'effet à l'égard de certaines personnes.

27. — Sur la rédaction de l'art. 1328, nous trouvons dans le procès-verbal de la séance du 2 frimaire, an XII : l'article 217

du projet était ainsi conçu : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers, que du jour où ils ont été enregistrés, ou du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits. » Voici ce que le procès-verbal constate :

« M. Défermon attaque cet article comme incomplet, en ce qu'il y a d'autres circonstances que l'enregistrement et la mort qui peuvent donner à l'acte une date certaine contre les tiers. Il en demande le renvoi à la section.

M. Berlier dit que, hors le cas d'une apposition de scellés encore subsistante sur l'écrit sous seing privé, dont la date en ce cas serait devenue certaine à l'époque même de l'apposition des scellés, il ne conçoit pas d'autres espèces à joindre à celles exprimées dans l'article ; car la simple mention dans un acte public ne saurait donner une grande consistance à l'acte sous seing privé dont elle ne ferait point connaître la teneur : d'ailleurs on ne mentionne dans un acte public les écrits sous seing privé, qu'autant qu'ils ont été préalablement enregistrés. »

Au surplus, Berlier ne s'oppose point au renvoi à la section, le renvoi nous prouve que les rédacteurs du Code désiraient que l'art. 217 contînt l'énumération de tous les cas où les actes sous seing privé peuvent acquérir une date certaine. Si donc dans l'art. 1328, l'enregistrement, la mort d'un des signataires, la relation dans un acte authentique sont limitativement énumérés, cela ressort bien clairement de la discussion que nous venons de rapporter, cette limitation a lieu par la nature même des choses, et non par la volonté du législateur : en ajoutant au projet le cas d'apposition de scellés, Berlier consent à clore immédiatement l'énumération, sans renvoi à la section, parce qu'il « ne conçoit pas d'autres espèces à joindre à celles exprimées dans l'article ».

28. — De là faut-il conclure que la preuve par témoins de l'époque où l'acte sous seing privé a été rédigé n'est pas admise ? Faut-il reconnaître un lien nécessaire entre la limitation des cas où ces écrits ont date certaine, et la prohibition de la preuve testimoniale ? Le procès-verbal de la séance ne le dit pas expressément.

D'autre part, nous trouvons dans deux passages très voisins de l'Exposé des motifs de Bigot–Préameneu : « La date portée dans un écrit sous seing privé ne fait donc foi qu'à l'égard de ceux qui ont signé ; il faut qu'à l'égard des autres la date soit d'ailleurs assurée..... » .....« Ainsi les écrits sous seing privé n'ont à l'égard des tierces personnes, de date que du jour..... »

Nous ne rencontrerons pas cette question sérieusement étudiée par les commentateurs du Code civil : il leur a paru évident que la prohibition de la preuve par témoins résultait de l'énumération limitative des trois circonstances donnant date certaine.

29. — Bigot-Préameneu, dans son Exposé des motifs, ne fait guère que paraphraser le texte de l'art. 1328. Jaubert, dans son rapport, s'est surtout appliqué à justifier la disposition de l'art. 1328. Malheureusement les motifs qu'il donne n'ont absolument rien de juridique. Un exemple est nécessaire, dit–il, et il met en présence deux créanciers, l'un qui a formé une saisie-arrêt, l'autre qui veut profiter de cette saisie, et qui, pour cela, doit prouver qu'il est devenu créancier avant la saisie : « Pierre est débiteur de Jacques. Jean, porteur d'un titre exécutoire contre Pierre, forme une saisie–arrêt dans les mains d'un débiteur de Pierre ; Jacques demande à concourir à la répartition des fonds. Il produit, en effet, un titre de créance. Si ce titre consiste en un acte authentique..... Mais si Jacques n'avait qu'un titre sous seing privé, lorsque Jean avait formé la saisie–arrêt, pourra-t-il également l'opposer à Jean ? Jean ne pourrait-il pas lui dire qu'il n'est pas prouvé que cet acte ait existé avant la saisie-arrêt ; et que, conséquemment, quant à lui, Jean, il n'y a pas preuve de l'obligation ? » La question est bien posée, il semble qu'il n'y a qu'à montrer que la date ne prouve pas l'existence de l'écrit à l'époque qu'elle indique, pour justifier pleinement notre article. Si elle ne prouve rien, comment lui donner effet à l'égard des tiers ? Il ressort clairement des explications que donne ensuite Jaubert, que donner effet à l'égard des tiers à la date des actes sous seing privé n'était pas une chose juridiquement impossible. D'après lui, si l'art. 1328 décide le contraire, c'est que cette solution offre

moins d'inconvénients. « L'exposition de la question montre que le législateur marchait entre deux écueils..... » Ce qui l'a décidé, c'est « la crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel entraîne certains hommes..... » Il serait difficile de découvrir dans ces paroles de Jaubert quel est le principe juridique qui a guidé le législateur.

30. — Les documents concernant la rédaction des articles 1410, 1743, 2074, 2102 ne nous fournissent rien de plus. L'art. 1410 est ainsi justifié dans le rapport de Duveyrier : « Autrement la collusion et la fraude des écrits postérieurs au mariage et antidatés fourniraient à une femme facile ou coupable tous les moyens de ruiner la communauté ou son mari », et dans le discours de Siméon : « .....afin qu'elle ne puisse pas éluder par des antidates la défense d'engager la communauté sans le consentement de son mari. »

Mêmes raisons à l'appui de l'art. 1743.

Sur l'article 2074, le rapport de Gary au tribunat dit : « ... si cette convention doit être opposée à des tiers, si le détenteur du gage réclame, au préjudice de ces tiers, le privilège que la loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage ou la convention dont elle est l'effet, aient une date certaine qui exclue toute idée de fraude et de collusion entre ce détenteur et le propriétaire du gage : sans cette précaution un débiteur infidèle.. »

Les rédacteurs du Code sont donc unanimes pour justifier l'exigence, qu'ils ont formulée dans plusieurs articles, de la date certaine à l'égard des tiers, par le désir d'empêcher des fraudes que des antidates auraient permis de commettre facilement.

§ II. — Doctrine et Jurisprudence.

31. — Il résulte des recherches que nous venons de faire dans les œuvres des anciens auteurs qui ont traité la question de la date des actes sous seing privé, et dans les documents qui nous sont parvenus sur la rédaction des art. 1328, 1410, 1743..., que les auteurs modernes n'ont pu y trouver une détermination

précise du sens du mot « tiers ». Ces textes ne leur ont pas dit, non plus, comment il se fait que la qualité de tiers donne le droit d'exiger une date certaine : enfin pourquoi la date des actes sous seing privé, qui doit être certaine à l'égard des tiers, n'est considérée comme telle par le législateur que dans les trois cas indiqués par l'art. 1328. Nous essaierons d'élucider ces trois points dans l'étude que nous ferons de cet article.

32. — Tous les auteurs, Braas fait peut-être seul exception, se sont surtout attachés à déterminer quelles personnes sont désignées par le mot « tiers ».

Le créancier qui a formé une saisie immobilière, l'acheteur en possession de la chose vendue, ont le droit, d'après Pothier, de considérer comme incertaine la date des actes sous seing privé émanés de leur débiteur ou de leur vendeur. D'après l'art. 1743, l'acheteur peut refuser d'exécuter le bail consenti par le vendeur, s'il n'a pas date certaine. Le mari, sous le régime de la communauté, n'est obligé de payer les dettes mobilières de la femme que si elles ont une date certaine antérieure au mariage.

33. — Les interprètes du Code ont remarqué que le caractère commun de toutes ces personnes est d'avoir acquis du souscripteur de l'acte sous seing privé des droits à titre particulier. On comprend ainsi que tous, à l'exception de Toullier, aient abordé l'interprétation de l'art. 1328 avec cette idée préconçue que par « tiers », il faut entendre les ayants cause particuliers de ceux qui ont souscrit un acte sous seing privé. Ajoutons que la pratique montrait qu'ils étaient ceux qui avaient le plus à craindre les antidates : or, que dit Jaubert dans son rapport? qu'on a voulu empêcher la fraude. Donc en disant qu'il entend protéger les tiers, le législateur a certainement désigné les ayants cause particuliers.

La doctrine et la jurisprudence peuvent se résumer dans cette proposition : les tiers sont les ayants cause particuliers, et ceux dont la situation juridique est analogue, parce que plus que tous autres, ils ont à redouter les fraudes qui peuvent être commises par des antidates.

34. — Ce n'est pas cette proposition, considérée par tous comme une sorte d'article de foi, qui a donné lieu aux différents systèmes d'interprétation que nous allons exposer. D'après les auteurs, toute la difficulté résulte de la présence dans l'art. 1322 des mots « ayants cause ». Comme le dit Demolombe : « Cette thèse tout entière consiste à vrai dire dans le conflit qui s'élève entre deux de nos textes, l'art. 1322 et l'art. 1328 ». Voici comment : les auteurs partent de cette idée que les tiers sont les ayants cause particuliers ; mais l'art. 1322 dit : l'acte sous seing privé..... a entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique, c'est-à-dire : l'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard des parties, leurs héritiers et leurs ayants cause, tous leurs ayants cause, car l'article 1322 ne distingue pas. Comment dire alors que les ayants cause particuliers sont les personnes qui, en vertu de l'art. 1328, peuvent considérer la date des actes sous seing privé comme incertaine ?

35. — Avant de commencer l'exposé des conciliations de l'art. 1322 et de l'art. 1328 imaginées par les auteurs, il est bon de nous demander s'il existe réellement une antinomie entre ces deux articles. Est-il certain que, quand l'art. 1322 nous dit quels sont les effets de l'acte sous seing privé, il soit question de la mention faite par les parties de l'époque à laquelle l'acte a été passé ? Un acte sous seing privé porte : « Pierre a vendu à Paul sa maison pour 10,000 francs. Fait le 1er oct. 1890. » Un procès surgit. Les signatures sont reconnues. Il est admis provisoirement comme étant la vérité que Pierre a vendu à Paul sa maison ; est-il aussi admis comme étant la vérité que cette convention a été rédigée le 1er oct. 1890 ? Si oui : le conflit existe entre les deux articles : la déclaration quant à la date rentre dans ce dont l'écrit fait foi à l'égard des parties et des ayants cause, sans distinction. Comment dire alors que d'après l'art. 1328 les actes sous seing privé n'ont de date à l'égard des ayants cause particuliers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont sous-

crits. Si au contraire la déclaration sur la date n'a aucun effet, ou si ses effets n'ont pas lieu en vertu de l'art. 1322, plus de conflit entre les deux articles : dans l'art. 1322 il n'est alors question que des effets des déclarations concernant la convention, seul l'art. 1328 règle la question de date. Il faut dire à l'égard des tiers : les actes sous seing privé n'ont de date que du jour de l'enregistrement, *à contrario*, à l'égard des personnes qui ne peuvent être considérées comme des tiers, les actes sous seing privé ont date en dehors de l'enregistrement, et ce ne peut être que par l'indication faite dans l'écrit de l'époque où il a été rédigé.

36. — Le mot « date » peut avoir deux sens : l'époque réelle où une chose a été faite, l'indication par les parties de cette époque. Les parties peuvent écrire ce qui leur plaît, et l'époque indiquée comme étant celle de la rédaction peut fort bien n'être pas exacte. La question de savoir quels sont les effets de l'indication par les parties de l'époque où l'acte a été rédigé dépend donc de la solution donnée à cette autre question : La détermination de l'époque où un écrit a été rédigé peut-elle être faite, même provisoirement, selon la volonté des parties ?

« L'acte authentique fait foi de la sincérité de sa date entre les parties et à l'égard des tiers. L'acte sous seing privé ne fait foi de la sincérité de sa date que dans les cas déterminés par l'art. 1328. Cet article le dit pour les « tiers » ; il faut le dire aussi pour les parties, car l'acte ne fait pas foi de la sincérité de sa date entre les parties par cela seul qu'il est reconnu ; malgré leur reconnaissance de l'écriture et de la signature, les parties peuvent contester la vérité de la date, tandis qu'elles ne le peuvent plus lorsque l'acte a acquis date certaine dans l'un des trois cas prévus par l'art. 1328. Donc il faut formuler le principe du Code comme il suit : l'acte sous seing privé n'a point de date. L'oppose-t-on à un tiers, il peut se borner à dire que l'acte n'a point de date, à moins qu'il ne soit enregistré, relaté dans un acte authentique ou que l'un des signataires ne soit mort. Oppose-t-on l'acte à l'une des parties qui l'a reconnu ; en le reconnais-

sant elle avoue que la date portée à l'acte y a été mise par elle de concert avec les autres parties contractantes, s'il y en a, mais sa reconnaissance ne prouve pas la sincérité de la date ; elle pourra donc l'attaquer en faisant la preuve contraire. » (Laurent, t. XIX, p. 336 et 337.)

37. — Dans ce fragment, le jurisconsulte belge distingue bien la date époque réelle où le fait s'est passé, et la date simple indication de cette époque. Il admet que cette indication a pour effet de faire considérer provisoirement l'acte comme ayant été écrit à cette époque.

Le sens commun semble ne pas permettre que la date puisse indiquer autre chose que l'époque réelle, sans cesser d'être une date, et que par conséquent la possibilité d'indiquer autre chose que la vérité doit enlever tout effet aux déclarations des parties sur ce point. De là s'ensuivrait l'inutilité de la date, inscrite par les parties, et l'acte sous seing privé n'aurait pas de date ni entre les parties ni à l'égard des tiers. Laurent n'est pas allé aussi loin, s'il n'admet pas que la déclaration sur l'époque de la rédaction soit une date sincère, une date au sens propre du mot, du moins il donne effet à cette déclaration. Nous verrons que cet effet, d'après lui, ne découle pas de l'art. 1322, mais de l'art. 1328 : ce qui lui permet de décider qu'il n'y a pas conflit entre ces deux articles.

38. — Cette possibilité de simulation est, nous le croyons, tout ce que l'on peut invoquer pour ne pas donner à la déclaration quant à la date, le même effet qu'aux autres déclarations. C'est là une illusion qui disparaît devant une analyse de la nature des effets des actes écrits. Il faut laisser de côté, nous l'expliquerons plus longuement dans l'exposé de notre système, quand il s'agit d'actes écrits authentiques ou sous seing privé, la question de savoir si l'écrit exprime ou non la vérité. Nous verrons que si les faits mentionnés dans un écrit, avec la signature des parties, sont considérés provisoirement comme vrais par le juge du litige, ce n'est pas parce qu'il résulte de la rédaction d'un écrit que les faits qui y sont mentionnés sont vrais. C'est, nous le verrons,

parce que les parties ont voulu que ce qu'exprime l'écrit réglât leurs rapports litigieux éventuels.

39. — D'ailleurs, qu'il s'agisse de constater les volontés, les actes, ou l'époque à laquelle les parties ont agi, voulu, il s'agit dans tous les cas de faits sur la vérité desquels la volonté des parties ne doit avoir aucune influence une fois qu'ils sont accomplis. Si la possibilité de déclarer autre chose que ce qui a existé réellement devait enlever tout effet aux déclarations inscrites dans les actes écrits, non seulement les déclarations sur l'époque, mais aussi les déclarations sur les conventions et les actes des parties, ne devraient avoir aucun effet. Un débiteur veut soustraire ses biens à l'action de ses créanciers, il feint avec un tiers une vente de ses biens et rédige un écrit en ce sens : en vertu de cet écrit et jusqu'à ce que la réalité soit établie, le juge croira et décidera qu'il y a eu vente.

La possibilité de ce mensonge aussi inadmissible, en raison, que celui sur la date, n'a pas empêché le legislateur de donner effet aux déclarations des parties sur la convention. Il faut donc admettre que les déclarations des parties sur l'époque de la rédaction de l'écrit auront le même effet que les autres déclarations : faire considérer provisoirement les faits indiqués comme vrais. Qu'en résulte-t-il ? C'est que la question de savoir à quelle époque l'écrit a été rédigé peut être résolue par écrit, que la comparution de témoins peut être évitée, qu'il faut appliquer l'art. 1341.

40. L'art. 1341 dit: « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs.... »

Le mot « choses », nous le verrons, ne désigne que les faits juridiques et, d'après l'opinion généralement admise, les faits juridiques sont tous les faits de l'homme pouvant entraîner directement des conséquences juridiques. Nous verrons aussi que, pour qu'un fait juridique soit atteint par l'art. 1341, il faut que sa constatation par écrit soit possible.

41. — Il est indéniable que l'époque où un acte juridique a été formé peut avoir des conséquences juridiques. Mais une

époque est-ce un fait ? Ce n'est certainement pas un fait de l'homme. Nous ne dirons pas que l'époque, en elle-même, comme fait juridique, doit être constatée par écrit, parce que cette constatation est possible. Mais nous dirons que l'époque où un acte juridique a été accompli forme une partie intégrante et constitutive de cet acte, car un fait ne saurait se concevoir en dehors du temps où il a été accompli.

Lors donc que l'art. 1341 prescrit de constater un fait juridique par écrit, cette constatation, pour être complète devant comprendre tous les éléments du fait juridique, doit mentionner non seulement les actes et les volontés des parties, mais encore l'époque où ces volontés et ces actes ont eu lieu. Les actes sous seing privé doivent donc contenir une déclaration sur la date ; mais alors l'art. 1322, qui détermine les effets du contenu de ces actes, détermine nécessairement quels sont les effets de la déclaration sur la date. Une antinomie existe donc entre les art. 1322 et 1328.

42. — Toullier néglige tous les renseignements fournis par l'ancien droit et les travaux préparatoires sur la question de la date des actes sous seing privé. Son interprétation (et c'est ce qui en fait l'originalité) est fondée exclusivement sur le texte des art. 1322 et 1328.

L'art. 1322 dit que l'acte sous seing privé fait foi à l'égard des ayants cause de ceux qui l'ont souscrit ; il faut d'abord déterminer le sens de cette expression « ayant cause » : C'est celui « à qui les droits d'une personne ont été transmis à titre particulier, comme par legs, donation, vente, échange ; en un mot, celui qui représente cette personne seulement à l'égard des droits transmis. Tel est le sens que l'usage et les auteurs ont toujours donné à ce mot. On oppose communément le titre d'héritier au titre d'ayant cause, comme le fait l'art. 1322..... » (Toullier, *Cours de Droit civil*, t. VIII, p. 259). D'autre part, on ne peut nier que la date ne soit une partie de l'acte sous seing privé. Ces deux points établis, l'espèce suivante ne présente aucune difficulté : « Caius vend à Primus le fonds Cornélien, le 1er janvier 1817, par un acte en bonne forme, mais sous seing privé. Le 1er mars sui-

vant, Caius vend de nouveau le fonds Cornélien, mais par acte authentique, à Secundus qui ignore l'existence du premier contrat. Laquelle des deux ventes doit prévaloir entre ces deux acquéreurs également de bonne foi ? La première sans contredit ; car dans les principes du Code, la propriété étant définitivement transférée par le seul consentement des parties contractantes..... La vente sous seing privé ne diffère point en ceci de l'acte authentique ; car la loi permet de vendre par acte authentique ou par acte sous seing privé (1582). L'une et l'autre ont la même force ; elles produisent le même effet..... Vainement Secundus opposerait à Primus l'art. 1328, qui porte que les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour de l'enregistrement..... Primus répondrait avec avantage que les acquéreurs ne sont point des tiers, respectivement au vendeur qui a souscrit les deux actes de vente ; ils sont ses ayants cause : c'est un point démontré. Il faut donc leur appliquer la disposition de l'art. 1322, qui porte que l'acte sous seing privé, reconnu ou légalement tenu pour reconnu, a la même foi que l'acte authentique, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs ayants cause (Toullier, *loc. cit.*, t. VIII, p. 260, 261). Pour invoquer l'art. 1328, il faut être un *tiers par rapport à la personne* de laquelle émane l'acte dont on prétend contester la date, c'est-à-dire n'avoir jamais eu de rapports juridiques avec cette personne. Le mot tiers ne désigne que les tiers proprement dits « *penitus extranei* ». Mais, à ces tiers-là on ne peut opposer aucun acte, quelle que soit sa date, qu'importe donc que l'acte sous seing privé fasse ou non foi de sa date à leur égard. Cependant cette interprétation de Toullier n'enlevait pas toute application à l'art. 1328 : le propriétaire est *penitus extraneus* par rapport au possesseur de sa chose : Celui-ci ne pourra invoquer la prescription de dix à vingt ans que du jour où son titre aura acquis date certaine.

43. — L'application de notre article n'en était pas moins très-restreinte, aussi Toullier, comprenant la gravité de l'objection, modifia à la fois le sens du mot « tiers » et des mots « ayant cause ». Il continua d'admettre comme « tiers » ceux qui ne sont pas « ayants cause », mais il déclara que les mots « ayant-

cause » ne désignaient pas tous ceux qui ont succédé à titre particulier aux droits d'une personne. Comme le dit Du Caurroy : dans le système de Toullier, pour arriver à connaître l'ayant cause d'un individu, il faudra examiner non seulement si le droit cédé est un *jus in re* ou un *jus ad rem*, « mais encore si le droit réel que nous exerçons nous vient directement de la personne ou de la loi. » (*Thémis*, t. III, p. 61). Grâce à cette distinction, Toullier put admettre, conformément à la doctrine de Pothier, que le créancier saisissant est un tiers au sens de l'art. 1328, parce que le saisisssant n'est point l'ayant cause du débiteur : il exerce, en effet, un droit qu'il tient de la loi, et non de son débiteur, c'est contre lui qu'il agit : au contraire, l'acquéreur n'est que l'ayant cause de son vendeur.

44. — Toullier ne tarda pas à trouver un contradicteur. Du Caurroy, dans deux dissertations (*Thémis*, t. III, p. 49 et s. ; t. V, p. 6 et s.), essaya vainement de faire revenir Toullier sur son interprétation.

Du Caurroy, au début de sa première dissertation, expose bien la difficulté : « Certainement personne n'hésitera sur la préférence entre plusieurs acquéreurs successifs du même objet ; et lorsque la priorité sera reconnue, la première vente sera préférée sans contredit. » Mais, comme il le fait remarquer, il faut connaître de deux acquéreurs quel est le premier : « L'acquéreur qui rapporte un acte sous seing privé daté du premier janvier, prouve-t-il suffisamment la priorité de son acquisition, la prouve-t-il à l'égard d'un autre acquéreur dont le titre aurait une date postérieure à la vérité, mais certaine, par exemple celle du premier mars. » (*Thémis*, t. III, p. 51.)

45. — La question à résoudre est bien déterminée. Les objections à faire au système de Toullier se présentaient d'elles-mêmes. Mais Du Caurroy, abandonnant toute argumentation juridique, se borne à montrer que le système qui autorise ceux « à qui il importe que l'acte n'ait point existé avant telle ou telle époque » à ne reconnaître à cet acte d'autre date que celle du jour où son existence aurait été constatée, soit par un officier public, soit par

l'événement qui pour l'avenir aurait rendu la confection de ce même acte physiquement impossible, *protège mieux contre les fraudes* que peut commettre un vendeur de mauvaise foi. Toullier put répondre avec raison que l'exactitude d'une interprétation ne doit pas être appréciée par ses inconvénients pratiques. Une loi peut avoir des conséquences funestes ; c'est au législateur à modifier la loi.

46. — Avant d'admettre ceux qui ont à redouter la fraude qui peut se commettre par une antidate à se prévaloir de la qualité de tiers, Du Caurroy avait à répondre à un raisonnement qu'il trouve très spécieux, mais qui est, à notre avis, une des objections très sérieuses que l'on peut faire à lui et à tous ceux qui l'ont suivi. Pourquoi, avait dit Toullier, cet acte ne serait-il pas sincère ? S'il est antidaté, c'est par une fraude, mais la fraude ne se présume pas, et doit être prouvée par celui qui l'articule. La réponse de Du Caurroy est des plus faibles : « On peut dire que sans présumer une fraude certaine, elle craint de favoriser une fraude possible, et dans le doute, elle se décide contre celui qui, s'il n'est pas complice d'un délit, a du moins une négligence à se reprocher ». (*Loc. cit.*, p. 72.)

47. — Croyant la réfutation du système de Toullier suffisante, il nous expose le sien. Sans doute, nous dit-il, le mot « tiers » de l'art. 1328 désigne les « *penitus extranei* ». Mais Toullier n'a pas vu que nous sommes souvent tenus de respecter et même d'exécuter les engagements d'une autre personne, lorsque nous succédons à tout ou partie des droits qu'elle avait. Lorsque nous succédons à un droit individuel, les actes de notre auteur ne sont pas obligatoires entre nous, cependant ils ont à notre égard une force relative suivant l'époque à laquelle ils ont été passés, de là vient sur la date des actes privés, la disposition de l'art. 1328. « Les tiers de cette article sont donc toutes les personnes étrangères à la confection d'un acte, mais *intéressées à faire constater* qu'il existait avant telle ou telle époque ; et pour que cet intérêt existe, il faut bien que nous ayons succédé d'une manière

quelconque aux droits des contractants ou de l'un d'eux, car les étrangers, les tiers qui resteraient toujours tels, sont trop indifférents aux actes qu'ils n'ont point signés, pour que l'art. 1328 ait dû *pourvoir à leur garantie.* » (*Loc. cit.*, p. 73).

48. — Du Caurroy nous montre bien quelle est la situation de l'ayant cause particulier, nous voyons bien qu'il est intéressé à pouvoir exiger que l'on établisse, d'une façon certaine, l'antériorité d'un acte qui paraît seulement par sa date antérieur au sien. Mais si la date mise par les parties n'a aucun effet à son égard, est-ce grâce à la sollicitude du législateur qui a bien voulu écrire pour lui l'art. 1328 ? N'avait-il pas le droit d'exiger la certitude de la date ? Y a-t-il consécration d'un droit préexistant à la loi, ou faveur faite par le législateur ? Du Caurroy ne nous le dit pas.

49. — Que signifie donc, se demande Du Caurroy, dans l'art. 1322 cette même expression d'ayant cause. Il ne faut pas qu'elle signifie les ayants cause particuliers, pour qu'on puisse dire que le mot « tiers » les désigne comme étant ceux qui peuvent ne pas ajouter foi à la date mise par les parties Mais il y a plusieurs espèces d'ayants cause, ceux à titre universel, et ceux à titre particulier ; si l'art. 1322 ne parle que des ayants cause universels, la conciliation entre les termes de l'art. 1322 et de l'art. 1328 est faite. Si l'on examine de près la rédaction de l'art. 1322, on voit qu'il ne peut pas en être autrement : « Voyons pourquoi l'art. 1322 réunit dans une seule et même disposition les héritiers et les ayants cause. Est-ce pour assimiler entre eux le successeur universel et le successeur particulier que l'on a toujours opposés l'un à l'autre ? Est-ce tout simplement pour ne pas séparer différents successeurs qui à proprement parler ne sont pas héritiers ? Une définition a fondé dans le premier sens tout le système de Touillier. Lorsque je considère le motif qui fait assimiler aux parties contractantes leurs héritiers respectifs, je me crois fondé à voir dans les ayants cause qu'on assimile aux héritiers, les personnes qui, semblables en ce point aux héritiers proprement dits, n'ont aucun intérêt réel à distinguer la date des

actes qui sont tous également obligatoires pour eux. En un mot, les personnes dont parle l'art. 1322 sont des ayants cause proprement dits, parce qu'ils ont *universam causam*. Tels sont les successeurs irréguliers, c'est à dire l'enfant naturel..... » (Du Caurroy, *loc. cit.*, p. 74.) A cela nous répondons avec Toullier et cette réponse est décisive : nous lisons dans l'art. 1322 non pas ayants cause proprement dits, non pas ayants cause universels, mais simplement ayants cause et ce mot désigne les ayants cause particuliers. La première dissertation de Du Caurroy laisse donc debout le système de Toullier. Aussi celui-ci, dans les additions au tome X, de ses œuvres, où il discuta le système de Merlin sur notre question, se contenta-t-il d'affirmer plus fortement l'interprétation qu'il avait donnée au tome 8 de son cours de Droit civil.

30. — Toullier avait dit : « Je vous prends au mot, j'admets avec vous qu'il ne faut pas appliquer aux successeurs particuliers ce que les articles 1319 et 1322 disent des ayants cause, mais alors quelle autre disposition du Code leur appliquerez-vous, vous êtes obligé de soutenir que les actes soit authentiques soit privés ne font pas foi contre les successeurs particuliers. » Dans sa deuxième dissertation, Du Caurroy essaya de répondre à cette objection : « Je dirai que les actes font foi contre les parties et leurs successeurs particuliers, parce que, malgré le silence des articles 1319 et 1322, ils prouvent *rem ipsam* même contre les tiers. » (*Thémis,* t. V, p. 15.) Le texte de l'art. 1322 est donc incomplet, il devrait dire : « L'acte sous seing privé fait foi entre les parties, leurs héritiers, leurs ayants cause universels et les tiers. » Si l'on prenait en effet le texte à la lettre « on en pourrait conclure *à contrario* que l'acte ne fait pas foi contre les tiers. »

31. — Du Caurroy comprenant qu'on pourra lui répondre que l'antinomie existe toujours entre l'art. 1322 et l'art. 1328, que c'est maintenant la présence du mot « tiers » dans ces deux textes qu'il faut expliquer, ajoute : « Un système plus simple nous montrerait, dans le Code civil, plus de conséquences et moins

d'exceptions, si l'on observait que les art. 1319 et 1322 ne parlent point des tiers, parce qu'on a voulu établir la similitude de l'acte authentique et de l'acte privé, pour arriver ensuite à leur différence. Dans ce sens, on a parlé des personnes à l'égard desquelles l'un et l'autre font pleine foi ; ce sont les parties, leurs héritiers, et leurs ayants cause, proprement dits, ou successeurs universels. Viennent ensuite les différences ; la principale concerne et la date des actes, et la personne des tiers. Pour ces derniers, l'acte authentique a une date certaine que n'a point l'acte sous seing privé. Cette différence résulte de l'art. 1328 ; les conséquences se trouvent dans les articles 1410, 1743, 2102. » (Du Caurroy, *loc. cit.*, p. 16.) Du Caurroy revient donc sur le reproche d'inexactitude qu'il a adressé à l'art. 1322. Cet article est complet et dit tout ce qu'il devait dire : que l'acte sous seing privé, comme l'acte authentique fait pleine foi à l'égard des parties et leurs ayants cause universels. Et l'art. 1328 signifie : l'acte authentique fait pleine foi de sa date à la différence de l'acte sous seing privé qui pour les tiers n'existe que du jour de l'enregistrement..... Mais Toullier peut reprendre son objection : quel est le texte du Code civil qui dit que les actes authentiques et sous seing privé font foi à l'égard des ayants cause particuliers. J'ajouterai, il est inadmissible que les art. 1319 et 1322 n'aient pas décidé respectivement quels sont les effets de la date des actes authentiques et privés. Un acte écrit se compose des déclarations concernant la convention et de la déclaration sur la date, toutes ces déclarations forment un seul tout qui est un écrit authentique ou sous seing privé et les art. 1319 et 1328 disent.....

Du Caurroy en terminant sa dissertation a très bien résumé son interprétation et celle de Toullier en disant : « J'ai envisagé la question dans son résultat ; M. Toullier s'attache au sens des mots. »

32. — La plus grande partie des additions de Toullier au vol. X de son cours de Droit civil était consacrée à la réfutation du système de Merlin. Voici les faits tels que les suppose Merlin et sur

lesquels il a construit sa théorie : Le 1er octobre A vend à B une propriété immobilière par acte sous seing privé ; le 1er novembre suivant B revend cette propriété par un acte de la même nature à C qui le fait enregistrer. Puis apparaît un acte non enregistré portant vente du même immeuble au profit de D en date du 15 oct. 1820 : laquelle de ces deux ventes aura la préférence ? Suivant Merlin c'est le titre de C qui doit l'emporter sur le titre de D. Le célèbre jurisconsulte invoque en faveur de C les arguments suivants : L'art. 1322, en disant que l'acte sous signature privée, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit, entre leurs héritiers ou ayants cause, a eu en vue le cas où deux ayants cause d'un même individu tireraient leurs droits d'un même acte, et non celui où les deux actes opposés l'un à l'autre exprimeraient des prétentions contraires. Ainsi C et D sont ayants cause dans le sens de l'art. 1322 quand ils invoquent le contrat passé entre A et B qui, est le titre de propriété de leur auteur, et qui, par conséquent, sert de base à leurs droits. Mais s'ils invoquent, l'un contre l'autre, des titres qui ne peuvent subsister à la fois, ils sont tiers dans le sens de l'art. 1328. Tel est le cas où D oppose à C la vente qui lui a été consentie par acte sous signature privée non enregistré en date du 15 octobre. On ne cite de Merlin que cet exemple ; on néglige ce qu'il dit ensuite pour justifier la solution qu'il a donnée. L'interprétation de Merlin a été considérée en effet comme une chimère, une monstruosité juridique, par la plupart des auteurs. Très peu en parlent, Braas n'a pas reconnu en lui un devancier. Pourquoi ? Toullier lui a reproché « d'essayer de donner à l'expression d'ayants cause dans l'art. 1322 une acception nouvelle qui en change la signification et qui lui en donne une toute différente de celle que l'usage lui a donnée » ; d'admettre deux espèces d'ayants cause : « 1° Ceux qui tiennent leur titre d'un auteur commun, *ex eadem persona*, mais par deux actes différents ; 2° Ceux qui tiennent leur titre et leur qualité d'ayants cause non seulement de la même personne, mais aussi par le même acte, » c'est, d'après Toullier, oublier que ce mot ne s'applique qu'à celui « à qui les droits d'une personne ont été

transmis à titre particulier comme par legs, donation, vente. » Cette réfutation a paru suffisante et on n'a plus daigné en parler. Marinier et M. Balleydier y ont consacré quelques lignes, Troplong (*Traité des hypoth.*, t. II, n° 529 et s.) et Grenier (*Traité des hypoth.*, n° 354 et s.), y ont seuls adhéré. Marinier lui reproche d'enlever toute application à l'art. 1322, dans le conflit de deux acquéreurs successifs d'un même vendeur : il n'a pas vu que Merlin décide précisément qu'il doit en être ainsi, que dans ce cas l'art. 1328 seul est applicable, et qu'il donne des raisons à l'appui de cette décision. M. Balleydier ne fait que résumer l'opinion générale quand il dit : « Ce système repose sur une distinction qui n'est pas écrite dans la loi : il est donc arbitraire. De plus, il ôte à l'art. 1322, ainsi entendu, toute valeur pratique. A quoi bon dire que l'acte d'acquisition de B fait foi de sa date vis-à-vis de C et de D : Est-ce que ceux-ci seraient jamais tentés de contester cette date qui donne sa force au titre sur lequel, suivant la remarque de Merlin lui-même, *ils* basent leur prétention. (Balleydier, *De la date certaine*, p. 133).

33. — Nous disons à tous les auteurs : « Vous avez dédaigné l'interprétation de Merlin parce que vous ne l'avez pas comprise. Merlin est le premier qui ait donné une interprétation juridique des articles 1322 et 1328. Il n'exprime pas, peut-être, les idées qui ont guidé les rédacteurs du Code, mais il exprime certainement celles qui auraient dû les guider. »

Pourquoi Merlin n'a-t-il pas été compris ? Parce qu'il distingue soigneusement l'écrit de l'acte juridique qu'il exprime, l'*instrumentum* du *negotium juris ;* parce qu'il considère l'*instrumentum* comme un acte juridique distinct de l'acte juridique relaté dans cet *instrumentum*, et donnant lui aussi naissance à des droits et à des obligations ; parce qu'il a une idée exacte du sens des mots « ayants cause » et du mot « tiers ».

34. — Les mots « ayants cause particuliers » ne désignent pas seulement celui qui a succédé au droit de propriété ou à un droit réel sur une chose, c'est celui qui a succédé à un droit particulier

quelconque ; ayants cause particuliers n'est pas, en quelque sorte, une expression concrète désignant les acheteurs de meubles et d'immeubles, les usufruitiers, les acquéreurs de servitudes, c'est une expression abstraite désignant le titulaire, par suite d'une transmission, d'un droit particulier.

35. — Le mot « tiers » désigne celui qui est resté étranger à la formation d'un acte juridique, qui par conséquent ne peut invoquer les droits et ne peut se voir opposer les obligations nées de cet acte juridique. L'ayant cause particulier en fait est resté comme le tiers étranger à tous les actes juridiques formés par la volonté de la personne qui est son auteur, mais en droit on peut le considérer comme ayant participé, par représentation, à la formation de l'acte juridique qui a donné naissance au droit qui lui a été transmis. Si donc il peut invoquer le droit né de cet acte juridique, les obligations qui en découlent lui sont aussi opposables. Merlin n'a pas exprimé ces idées, mais elles nous semblent être la base de l'interprétation qu'il a donnée des art. 1322 et 1328.

36. — Ces articles déterminent quels sont les effets des actes sous seing privé : ils font donc abstraction de tout ce qui n'est pas l'acte sous seing privé ; ils considèrent l'écrit indépendamment de ce q'il exprime, comme constituant à lui seul un acte juridique. Quand l'art. 1322 nous parle d'héritiers et d'ayants cause, l'art. 1328 de tiers, il s'agit d'une part de ceux qui ont succédé à l'écrit à titre particulier ou à titre universel, d'autre part de ceux qui en fait et en droit sont restés étrangers à la rédaction de l'acte sous seing privé.

37. — Alors on comprend que la disposition de l'art. 1322 ne puisse servir à régler le conflit de deux acquéreurs successifs d'une même chose : « Quant à l'interprétation qui forme la base du système de M. Toullier, pour la bien juger retranchons de l'hypothèse qui vient de nous occuper l'acte primitif de vente qui a été passé entre A et B le 1er octobre. Supposons que B propriétaire d'un immeuble par acte authentique, le vende à C le 1er novembre par un acte sous seing privé que celui-ci fait enregistrer sur le champ et que D vienne ensuite inquiéter C en vertu

d'un acte de vente sous seing privé du 15 octobre précédent, mais enregistré seulement le 1er décembre de la même année : comment dans cette hypothèse l'art. 1322 pourrait-il être invoqué par D ? En appliquant les premiers termes « entre ceux qui l'ont souscrit », on trouvera sans doute que l'acte sous seing privé du 15 octobre fait foi entre D et B. Mais quelle application pourra-t-on faire des seconds termes « entre leurs ayants cause » ? Où sont, d'après l'acte du 15 octobre, les ayants cause de B et D ? Je vois bien dans la personne de D un ayant cause de B, en ce sens que B vend à D et que par là D devient son successeur à titre singulier dans l'immeuble vendu ; mais ce n'est pas sous ce rapport que l'on doit ici considérer D : on ne doit ici le considérer que comme l'un des souscripteurs de l'acte dont il s'agit. Peu importe qu'en sa qualité de souscripteur de cet acte, il ait le droit de l'opposer aux ayants cause de B qui ne l'ont pas souscrit eux-mêmes ; il restera toujours à savoir s'il existe vraiment ici un ayant cause de B autre que D. Et si l'on m'objecte qu'il en existe un dans la personne de C, je remarquerai qu'en effet C est bien l'ayant cause de B, en ce sens qu'il a acheté de lui l'immeuble maintenant en litige ; mais qu'il ne l'est point en vertu de l'acte daté du 15 octobre, et qu'il ne l'est qu'en vertu de l'acte daté du 1er novembre et enrégistré le même jour. »

« La question se trouvera donc ainsi réduite, en dernière analyse, à ce seul point : pour qu'il y ait lieu à l'application de ces termes de l'art. 1322 « entre leurs ayants cause » ne faut-il pas que les ayants cause de l'un des souscripteurs de l'acte doivent cette qualité à cet acte même ? M. Toullier prétend que non ; il suffit dans son opinion qu'ils aient cette qualité *relativement au même objet :* or ici il y a identité d'objet pour les deux ayants cause, puisqu'ils ont tous deux acheté le même immeuble. Mais où cela est-il écrit ? Ce n'est sûrement pas dans l'art. 1322. Le texte de l'art. 1322 se prête tout aussi naturellement et même beaucoup plus naturellement, à mon interprétation qu'à celle de M. Toullier ; et je ne crois pas qu'entre deux interprétations dont l'une tend à renverser, et l'autre à consolider un principe qui

dans tous les temps a été respecté comme une digue nécessaire contre la fraude, on puisse hésiter un seul moment. Mais ce n'est pas tout : celle que je défends ici est encore le seul moyen de mettre l'art. 1322 en harmonie non seulement avec l'art. 1328, dans lequel, il faut bien le reconnaître bon gré mal gré, les ayants cause qui ne fondent pas leurs droits sur un titre commun, sont compris respectivement l'un à l'autre sous la dénomination de tiers, mais de plus avec l'art. 1743, où de deux ayants cause du même propriétaire qui réclament à titres différents la jouissance temporaire du même fonds, celui qui n'a qu'un acte sous seing privé sans date certaine est obligé de céder à celui qui se fonde sur un acte dont la date est assurée. » (Merlin, *Quest.*, v° Tiers.)

38. — Ce système eût certainement été mieux compris, si, comme nous l'avons fait, Merlin en avait préparé l'exposition en disant, tout d'abord, qu'il faut distinguer les effets de l'*instrumentum* et les effets du *negotium juris* relaté dans l'*instrumentum*, que, quand deux personnes prétendent avoir acquis une chose, si l'une présente un acte sous seing privé d'une date antérieure, mais incertaine, l'objet du litige n'est pas la vente consentie à cette personne, ce n'est pas non plus la chose objet de cette vente, c'est la date de l'écrit, qui a été dressé pour la constater.

Il aurait dû dire aussi comment il comprenait les mots « ayants cause » et « tiers » et pas simplement qu'il suffit dans l'opinion de Toullier, pour se voir opposer la date écrite sur un acte sous seing privé, d'être ayant cause relativement au même objet. S'il avait montré que le litige ne porte pas sur la chose vendue successivement à deux individus, mais sur les effets probants de l'écrit signé par B et par D, on aurait compris que D ne puisse dire à C : « la date de mon acte écrit vous est opposable, car vous êtes ayant cause » ; et que C pourrait répondre à une telle prétention : « Un acte sous seing privé a donné naissance à des droits que vous pouvez invoquer : mais ai-je succédé à cet acte à titre universel ou à titre particulier pour que vous puissiez invoquer ces droits contre moi ? Vous confondez la succession à titre uni-

versel et la succession à titre particulier, car vous prétendez que, parce que j'ai acheté la même maison que vous, je suis obligé de subir toutes les obligations de B, et en particulier celles qui découlent de l'acte sous seing privé souscrit avec vous. »

59. — Merlin n'a pas eu conscience de la nouveauté des idées qu'il émettait : il aurait compris la nécessité de dissiper les erreurs accréditées qui devaient rendre son interprétation incompréhensible pour ses contemporains : Toullier, comme tous les auteurs, recommande de ne pas confondre la preuve d'un acte juridique et l'acte juridique lui-même, et à chaque page il fait cette confusion. Nous le verrons plus tard, cette confusion est un legs de l'ancien droit et des rédacteurs du Code : c'est avec peine que quelques auteurs comme Braas et Laurent sont arrivés à s'en affranchir. Or, la distinction de l'*instrumentum* et du *negotium juris* est le premier point qu'il faut saisir pour comprendre le système de Merlin : on voit alors seulement l'objet du litige, lorsqu'il y a conflit entre deux acquéreurs successifs d'une même chose ; on comprend que ce n'est pas relativement à la chose objet des deux contrats successifs, mais relativement à l'acte sous seing privé invoqué, que les qualités d'ayants cause ou de tiers doivent être attribuées. Nous insisterons plus loin sur la conformité du système de Merlin avec le texte des art. 1322 et 1328.

60. — Il nous resterait à justifier que si ce système, comme nous l'avons dit, n'exprime pas les idées qui ont guidé les rédacteurs du Code, il exprime certainement celles qui auraient dû les guider : cette proposition sera démontrée en partie dans l'exposé que nous allons commencer de l'interprétation de Marcadé, nous l'établirons complètement lorsque nous donnerons aux idées de Merlin tout le développement qu'elles comportent. Ce développement ruine toutes les idées admises en matière de preuve littérale. Ce que Merlin dit en terminant sa réfutation de Toullier : « Je ne crois pas qu'entre deux interprétations dont l'une tend à renverser, et l'autre à consolider un principe qui dans les temps a été respecté comme une digue nécessaire contre la fraude, on

puisse hésiter un seul moment..... celle que je défends ici est encore le seul moyen de mettre l'art. 1322 en harmonie non seulement avec l'art. 1328, dans lequel..... ; mais de plus avec l'art. 1743.... », montre, en effet, qu'il n'a eu pour but que de faire disparaître l'antinomie entre les art. 1322 et 1328, en montrant que le mot « tiers » peut désigner les ayants cause particuliers dans le sens où on entend généralement ce mot. Comme tous les auteurs que nous avons vus, et la plupart de ceux que nous verrons, son étude de l'art. 1328 s'est borné à cette conciliation.

61. — On pourrait se demander si Troplong a véritablement adopté les idées de Merlin. Sans doute, il l'invoque à l'appui de solutions qu'il donne ; mais son exposition est un peu confuse. Quand il fait dire par un créancier hypothécaire à un acheteur par acte sous seing privé dont la date est antérieure à l'inscription de l'hypothèque : « Je ne serais ayant cause de A (auteur commun) en ce qui vous concerne, qu'autant que votre droit serait *antérieur* au mien. Vous tournerez donc dans un cercle vicieux, tant que vous ne produirez pas un titre ayant date certaine », il semble qu'il se rapproche davantage de l'interprétation de Marcadé, Demolombe..... Cependant l'espèce qu'il cite où l'art. 1322 reçoit son application, les commentaires qui accompagnent cet exemple montrent clairement qu'il s'est inspiré des idées de Merlin : « L'art. 1322 a voulu parler du titre commun, qui sert de fondement au droit de ceux qui l'ont souscrit et de leurs successeurs et ayants cause. Les ayants cause dont il s'occupe sont ceux qui sont obligés de remonter à l'acte même comme à la source de leurs droits. Par exemple A vend à B, par acte sous seing privé non enregistré, le fonds Cornélien, se réservant une servitude de passage. Plus tard, B vend le même immeuble à C par acte authentique, avec stipulation qu'il est franc et quitte ; A voulant exercer son droit de passage est inquiété par C. Alors il lui montre son titre sous seing privé, qui lui réserve son droit de passage. C sera-t-il fondé à critiquer la date de cet acte ? Nullement. Car, en combattant cet acte, il combattrait son propre droit : c'est cet acte seul qui rend B propriétaire,

et il est palpable que s'il demeure sans force C ne sera plus légitime propriétaire, B ne pouvant lui avoir transmis plus de droits qu'il n'en avait lui-même. » (Troplong, *loc. cit.*, p. 291).

Troplong a-t-il fait la distinction de l'écrit et de l'acte juridique constaté dans l'écrit ? A-t-il reconnu dans C les deux qualités d'ayant cause particulier relativement à l'écrit dont A et B sont les souscripteurs et d'ayant cause particulier relativement au fonds Cornélien ? Nous croyons que l'on peut en douter.

61. — L'interprétation donnée par Marinier dans la *Revue pratique* (1) n'est au fond que la reproduction du système de Du Caurroy : poser en principe que le mot « tiers » de l'art. 1328 désigne les ayants cause particuliers, puis concilier l'art. 1328 et l'art. 1322 en affirmant que ce dernier article ne parle que des ayants cause universels. Les mots « tiers » et « ayants cause » sont pour Marinier tellement liés l'un à l'autre que pour établir que le créancier est un « tiers » il se croit obligé de démontrer le caractère de réalité du droit du créancier chirographaire sur le patrimoine de son débiteur. Ce n'est que lorsqu'il a pu dire que « la seule différence qui sépare le créancier saisissant d'un acheteur et plus généralement d'un ayant cause à titre particulier ordinaire, c'est qu'au lieu d'avoir la propriété, il n'a qu'un droit de gage » (Marinier, *loc. cit.*, p. 113), qu'il donne au créancier saisissant le droit d'invoquer l'art. 1328. Cependant il apporte quelques arguments à l'appui de ces affirmations : il essaie de justifier le sens qu'il donne aux mots « tiers » et « ayants cause » de nos deux articles.

62. — Pourquoi peut-on dire que le mot « tiers » de l'art. 1328 désigne les ayants cause particuliers ? Parce que Pothier au *Traité des obligations* et au *Traité de la vente* appelle ainsi l'acheteur d'un immeuble et le créancier qui a formé une saisie

---

(1) V. les t. I. p. 430 ; II, 73, 262 ; VIII, 281, 413, 523 ; X, 539 ; XII, 24, 189, 282 : ces articles ont été ensuite réunis en volume sous le titre : « De la date certaine ou Théorie des tiers et des ayants cause en matière de preuve par acte sous seing privé. »

immobilière ; parce que l'art. 1410 donne à la communauté qui succède à titre singulier au mobilier des époux, le droit d'exiger une date certaine pour les dettes de la femme qu'on lui oppose, parce que l'art. 1743 donne le même droit à l'acquéreur d'un immeuble loué..... Veut-on connaître le sens des mots ayants cause de l'art. 1322 ? Qu'on lise le n° 742 du *Traité des obligations* d'où cet article a été tiré. On verra que Pothier employait le mot « successeurs » pour désigner les ayants cause universels : « le mot « successeurs » a été remplacé assez maladroitement par les mots ayants cause, mais la pensée est restée évidemment la même. » (Marinier, *loc. cit.*, p. 66.)

63. — Ces arguments tirés du texte de Pothier, et des autres articles du Code qui parlent de la date certaine, ont sans doute de la valeur. Mais sont-ils décisifs ? sont-ils suffisants à eux seuls pour déterminer le sens de deux articles du Code, alors surtout que l'interprétation qui en résulte, modifie la signification naturelle des mots « ayants cause » et « tiers ». On aura beau établir que l'ayant cause particulier a le plus grand intérêt à pouvoir invoquer l'art. 1328, l'esprit se refuse à admettre « à priori » que l'ayant cause particulier est un tiers. Il faut une explication préalable qui permette de rapprocher ces deux mots. Marinier, au début de son étude, semble avoir compris cette nécessité : « Il ne convient de protéger, dit-il, contre la possibilité d'une antidate que les personnes qui y ont été *étrangères* et qui pourraient en éprouver un préjudice. » (Marinier, *loc. cit.*, p. 8). Tiers à l'antidate ne nous plaît pas : c'est admettre, sans en donner la raison, une présomption de fraude frappant tous les actes sous seing privé. Cependant il faut reconnaître qu'il y a là intention d'expliquer le mot « tiers » en lui-même.

64. — Nous étudierons ensemble les interprétations données par Marcadé, Brésillon, Bonnier, Larombière, Aubry et Rau, Demolombe (1)..... Les idées émises par ces auteurs sont identi-

---

(1) V. pour l'étude de ce système : Marcadé, *Explication du Code civil*, t. V s. l'art. 1328, III ; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 700 ; Brésillon, n. au

quement les mêmes : nous citerons Demolombe qui les a exprimées avec le plus de netteté et de vivacité.

Demolombe admet que l'acte sous seing privé fait par lui-même foi de sa date à l'égard des ayants cause particuliers. « Que l'acte sous seing privé souscrit par une personne fasse foi de sa date, à l'égard de ses ayants cause à titre particulier, comme à l'égard de ses ayants cause universels, c'est la conséquence de ce principe élémentaire, que le successeur, quel qu'il soit, ne peut pas avoir un autre droit que celui qui lui a été transmis par son auteur. Il y a sans doute, entre le successeur universel et le successeur particulier, cette grande différence :..... Mais cette différence n'a trait qu'à l'étendue des obligations de l'un ou de l'autre. Et elle n'empêche pas que, lorsque, en effet, la qualité d'ayant cause à titre particulier est reconnue dans une personne, la date de l'acte sous seing privé, qui a été souscrit par son auteur ne doive faire foi contre elle... (*Traité des Contrats*, t. VI, p. 450-451).

63. — Il ne faut donc pas modifier le texte de l'art. 1322 : Du Caurroy et Marinier ont donc eu tort de n'appliquer les mots ayants cause de cet article qu'aux ayants cause universels. Il y a alors antinomie entre l'art. 1322 et l'art. 1328, mais elle n'est qu'apparente : il faut distinguer en effet « l'ayant cause à l'égard duquel l'acte sous seing privé fait foi de sa date, dans les termes de l'art. 1322, et le tiers, à l'égard duquel il ne fait foi de sa date que dans les termes de l'art. 1328. » Il importe de faire cette distinction car comme il y a « tiers » et « tiers » (Demolombe en cite trois espèces) il se trouve que les tiers de l'art. 1328, sont aussi des ayants cause.

« Assurément ! mais des ayants cause, à l'égard desquels il y a lieu de faire la distinction des époques, et de savoir à quelle date a été souscrit par leur auteur l'acte sous seing privé qu'on leur

---

Dalloz, 1859, I, 97 ; Larombière, *Traité des obligations*, art. 1328, n° 3 ; Demolombe, *Traité des Contrats*, t. VI, nos 526 et s. ; Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, t. V, n. 285 *bis*, III ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. VIII, § 756, n° 100.

oppose. C'est que, en effet, suivant l'époque à laquelle il aura été souscrit, ils seront des ayants cause ou des tiers. L'acte sous seing privé, sans date certaine, a-t-il été souscrit par leur auteur antérieurement à la transmission du droit, qu'il leur a concédé, ou, en termes généraux, antérieurement au fait juridique, qui a donné naissance à leur droit ? Ils sont quant à cet acte ses ayants cause. L'acte, au contraire, n'a-t-il été souscrit que postérieurement à cette transmission ou à ce fait ? Ils sont des tiers. Car il est clair que leur auteur n'a pu leur enlever postérieurement, par un acte consenti après coup, les droits qui leur étaient acquis antérieurement d'une manière irrévocable..... Voilà toute cette thèse des ayants cause et des tiers. Elle se résume dans cette question : Est-ce avant ? est-ce après ? Cette question, est-ce la date de l'acte sous seing privé qu'on leur oppose qui peut la résoudre ? Oui ! a-t-on répondu, puisqu'ils sont des ayants cause de celui qui l'a souscrit. C'est la doctrine de Toullier. Mais la pétition de principe est manifeste ! C'est comme si on disait : L'acte fait contre vous foi de sa date, parce que vous êtes ayant cause ; et vous êtes ayant cause, parce que l'acte fait contre vous foi de sa date. Voilà évidemment un cercle vicieux ; puisque chacun de ces deux termes présuppose prouvé ce qui est précisément en question ! Comment pouvez-vous prouver, par une date incertaine, que je suis ayant cause, quand ma qualité même d'ayant cause dépend de la certitude de la date ! Lors donc que le législateur a disposé, dans l'art. 1322, qu'il ne faut pas considérer comme des tiers ceux qui ont souscrit l'acte sous seing privé, ni leurs héritiers et ayants cause (ce qui comprend, en effet, les ayants cause à titre particulier), et lorsqu'il a mis ainsi ces ayants cause en opposition avec les tiers, le législateur, disons-nous, a réservé, dans cet article, la question de date. Car, c'est de cette question que dépend essentiellement la distinction entre l'ayant cause et le tiers..... »

66. — Enfin pour se résumer Demolombe détermine les deux conditions qui sont nécessaires pour qu'une personne puisse se considérer comme un tiers : « 1° Il faut qu'il ait acquis, relativement à une chose, un droit propre et direct, désormais indépendant

de la partie qui a souscrit l'acte sous seing privé qu'on lui oppose ; 2° il faut que ce droit soit incompatible avec le droit que l'acte sous seing privé, sans date certaine, attribue sur cette même chose, à celui au profit duquel il a été consenti ; de sorte que ces deux droits étant mis en présence, il est inévitable que dans leur collision, l'un des deux périsse en tout ou en partie. »

« Voilà les deux caractères constitutifs du tiers. Tandis que les deux caractères opposés constituent, au contraire, l'ayant cause » (Demol., *loc. cit.*, t. VI, p. 451, etc...).

Telle est la doctrine exposée pour la première fois non pas comme on le dit généralement par Marcadé (t. V, *Explic. du Code civil*, art. 1328), maispar un anonyme dans un appendice à la suite de la deuxième dissertation de Du Caurroy dans la *Thémis* (t. V, p. 18), et qui est adoptée par la grande majorité des auteurs et la jurisprudence. Nous l'étudierons particulièrement.

67. — Auparavant nous exposerons les critiques que lui adressent Marinier, Braas et Laurent.

Marinier admet avec Marcadé que l'art. 1322 dit : l'acte sous seing privé fait foi à l'égard des ayants cause particuliers, mais des ayants cause particuliers dont la qualité ne fait pas de doute, c'est-à-dire a été déterminée par une date certaine. Deux conséquences en découlent : « 1° L'art. 1322 ne parle pas de la date des actes sous seing privé relativement aux ayants cause à titre singulier. » Quel est le sens admis de l'art. 1322 ? — Que l'acte sous seing privé fait foi à l'égard des parties, leurs héritiers et ayants cause de son contenu. Que comprend ce contenu ? Deux choses : l'expression d'une convention et une date. De là Marinier tire cette conclusion, qui s'impose par son évidence, que « reconnaître comme le fait Marcadé, que la date certaine est nécessaire pour ranger une personne dans la classe des ayants cause à titre singulier, relativement à cet acte, c'est admettre par cela même qu'il ne fait pas foi de sa date : autrement l'époque du titre serait déterminée et l'on saurait immédiatement s'il est antérieur ou non à celui qu'il veut primer. » Si en effet on maintient que l'acte sous seing privé fait foi de tout son contenu à

l'égard des ayants cause particuliers on est amené à dire que l'acte sous seing privé fait foi de sa date alors que la question de date est tranchée : ce qui est absurde : A achète une maison à C, l'écrit porte la date du 1er janvier, B achète la même maison, l'écrit porte la date certaine du 1er février : B ne sera ayant cause que si A lui oppose une date certaine antérieure au 1er février, le 15 janvier par exemple, à cette condition seulement A pourra dire à B. la date du 1er janvier fait foi à votre égard.

68. — Cela est absurde, mais nécessaire, autrement une deuxième conséquence s'impose : c'est que l'acte sous seing privé ne parle pas plus de la convention que de la date à l'égard des actes sous seing privé. L'art. 1322 « règle à la fois le mode de preuve de la convention et de sa date vis-à-vis de certaines personnes. Si le mot ayant cause ne s'applique pas aux successeurs à titre singulier quant à la date de l'acte, il ne doit pas s'y appliquer, quant à la convention elle-même, car la loi traite simultanément ces deux points. » (Marinier, *loc. cit.*, p. 71 et 72). Et alors on peut dire à Marcadé : montrez-nous les textes qui déterminent les effets des actes sous seing privé à l'égard des ayants cause à titre particulier. Marcadé ne peut pas comme Marinier dire que la règle quant aux tiers est dans l'art. 1328, que cet article n'exige qu'une condition pour que l'acte leur soit opposable, c'est qu'il ait date certaine, qu'il faut en conclure qu'une fois la date prouvée il fait foi de la convention. Cela suppose en effet que l'on a admis que « ayants cause » dans l'art. 1322 est mis pour « ayants cause universels. »

69. — Braas et Laurent ne reprochent pas à Marcadé de ne pouvoir faire dire par l'art. 1322 que l'acte sous seing privé fait foi à l'égard des ayants cause particuliers de la date et de la convention, ils ne décident pas en effet que les mots ayants cause de l'art. 1322 ne désignent que les ayants cause universels : leur point de départ est tout autre. Ils ne veulent pas modifier le texte de l'art. 1322, mais, pour ne pas aboutir aux conséquences impossibles reprochées avec raison à Marcadé, ils décident que la question de la date n'est pas tranchée par l'art. 1322. La

fonction de l'art. 1328, dit Braas, est préalable à la fixation de l'ayant cause de l'art. 1322, « l'art. 1328 dominant ainsi cette disposition doit être interprêté isolément en dehors de tout contact, de toute combinaison avec elle. » (Braas, *op. cit.* p. 173). Et Laurent (t. XIX, p. 234) dit plus nettement encore : « L'art. 1322 est étranger à la question de date : dans l'opinion générale on suppose que cet article détermine la force probante de l'acte sous seing privé en ce qui concerne la date. Nous croyons que tel n'est pas l'objet de l'art. 1322. » Ce n'est plus critiquer un système, mais lui en opposer un autre établi sur des bases différentes.

70. — Nous exposerons cependant immédiatement l'interprétation donnée par Braas de l'art. 1322 considéré comme ne parlant que de la preuve de la convention. Cet auteur a remarqué lui-même que, la question de date écartée, ses décisions sur l'art. 1322 concordaient avec celles de Marcadé.

71. — Braas reprend la critique faite avant lui par Larombière sur la place assignée à l'art. 1322 dans la série des articles du Code civil qui traitent des actes sous seing privé. Il eût en effet été plus régulier de commencer par établir les conditions nécessaires à l'existence de ces actes et de déterminer ensuite leurs effets. Mais il ne faut pas tenir compte de ce défaut de méthode : « Lorsque le législateur a parlé de la foi assurée au contenu des actes authentiques, il l'a fait dans l'hypothèse de la sincérité de l'indication des personnes qui y concourent et de la certitude de la date y exprimée, éléments essentiels dont ces actes fournissent par eux-mêmes la preuve jusqu'à inscription de faux. Lorsque le législateur a attribué à l'acte sous seing privé la vertu de faire foi de la convention, à l'égal des actes authentiques, il a donc aussi nécessairement supposé que la signature de cet acte était reconnue, et que la date en était aussurée conformément aux règles par lui tracées sur ces deux points. Il a, en d'autres termes, attribué l'effet dont il s'agit à l'acte instrumentaire type, possédant toutes les conditions de validité et de force probante au dehors desquelles il serait lettre morte. » (Braas,

loc. cit., p. 208). L'article 1322 aurait donc dû être placé à la suite des art. 1323..... 1328.

72. — Notre article, remarque encore Braas, ne détermine pas directement les effets des actes sous seing privé, il se réfère aux art. 1319 et 1320 : ces deux textes sont évidemment communs aux actes sous seing privé. La foi dont traite l'art. 1322 est donc celle dont il s'agit dans l'art. 1319, la réponse à cette question : quels sont les effets des actes sous seingprivé ? doit donc être demandée à cet article 1319. Suivons Braas dans l'étude de cet article.

73. — L'art. 1319 ne parle que de la convention exprimée par l'acte authentique, il appelle « pleine foi » les effets de cet acte, il limite ces effets aux parties, leurs héritiers et ayants cause. De cette limitation dans les effets quant aux personnes, résulte nécessairement qu'il ne s'agit pas de ceux qui sont la conséquence de la participation d'un officier public à la rédaction de l'acte instrumentaire : il ne s'agit donc dans l'art. 1319 ni de la foi due au fait même des déclarations consignées dans l'acte, ni de la foi due à la date mise par l'officier public. Cette foi existant vis-à-vis de tous sans exception, comment expliquer la distinction faite par le législateur entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause et les tiers ? L'art. 1319 ne s'occupe donc que des conventions et l'art. 1322 qui lui est subordonné ne peut avoir plus d'étendue, il ne parle donc pas de la force probante de la date des actes sous seing privé.

74. — Qu'est-ce donc que cette « pleine foi » qui n'est relative qu'à la convention, qui n'a lieu qu'à l'égard des parties et leurs ayants cause et qui est commune aux actes authentiques et sous seing privé ? Le législateur, nous venons de le voir, n'a pu vouloir parler des effets résultant de l'authenticité. Les mots « pleine foi » ne désignent pas non plus l'exécution : cet effet tient exclusivement à la convention en dehors de l'instrument. « L'exécution du fait juridique, en effet, peut ne pas se consommer vis-à-vis des parties ; elle peut, d'autre part, se consommer à la charge d'un tiers. D'ailleurs l'art. 1319 est organique de l'art. 1315 ; il

figure sous la rubrique de la Preuve, et comme la preuve précède naturellement l'exécution du fait juridique, il est par là surabondamment établi qu'il ne s'agit pas en notre article de cette exécution, de cet effet définitif, le plus éloigné des actes instrumentaires. » (Braas, *loc. cit.*, p. 210.) Cette « pleine foi » ne peut être moins que la foi qui résulte de l'authenticité et a lieu *erga omnes ;* elle ne peut être plus que l'exécution ; car alors que serait-elle ? « La notion « faire pleine foi » se trouve ainsi resserrée entre des limites extrêmes. Ces termes ne caractérisent pas la force probante générale inhérente à l'instrument régulier ; ils ne caractérisent pas non plus l'exécution de ce qui est consigné en l'instrument. Mais la pleine foi procède évidemment de cette force probante qui en est la source, et d'un autre côté elle doit régir l'exécution qui est le but final de l'acte. La pleine foi est ce qu'il y a d'intermédiaire, ou plutôt de mixte entre la force probante et l'exécution. Elle est plus que la foi due au fait de la disposition, elle est la vérité intrinsèque de cette disposition, la preuve complète opérée par l'acte de la formation ou la dissolution d'un lien de droit. En disant que l'acte régulier fait pleine foi, le législateur consacre les conséquences légales du fait juridique dans le cercle des relations personnelles que l'acte a créées ; il constate que, à la faveur de l'acte, le fait juridique s'impose désormais, que la convention, la disposition, la reconnaissance est efficace en elle-même, jusqu'à ce qu'elle tombe, le cas échéant, devant une action ou une exception fondée sur un moyen de nullité, de rescision, de simulation, de prescription..... La pleine foi ne survit pas à la chute du caractère obligatoire de la convention, tandis que la force probante, quel que soit le sort du fond du droit, reste invariable pour tous, et ne tombe que par l'inscription de faux. » (Braas, *loc. cit.*, p. 211.)

78. — A l'appui de ces paroles, Braas n'apporte aucun argument rationnel, mais il nous montre que telles étaient les idées des anciens auteurs sur les effets des actes authentiques et des actes sous seing privé qui leur sont assimilés par l'art. 1322. Dumoulin (*Traité des Fiefs*, tit. I, § 8, n° 8) fait bien la distinction entre

les effets résultant de l'authenticité et la pleine foi « .....*aut quæritur, quoad veritatem seu probationem rei gestæ, sive actus et facti in eo contenti. Et plenam fidem facit quoad omnes, nedum inter patronum et clientem, et eorum heredes, vel causam habentes, sed etiam inter quoscumque extraneos.....* » n° 10 : « *Aut quæritur quoad jus et effectum actus gesti, et tunc aut inter quos confectum est, eorum heredes vel causam habentes, in quantum causam habent, aut inter penitus extraneos. In primo membro plene probat et præjudicat..... Secundo membro, videlicet inter extraneos. Et illis non præjudicat, quia res inter alios acta, non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios.* » On voit bien, dit Braas, dans ces différents passages de Dumoulin, l'origine de l'opposition exprimée par l'art. 1319 entre les termes faire foi qui ne sont qu'implicitement contenus dans cette disposition et les termes faire pleine foi accompagnés de la distinction entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause et les tiers.

Braas cite ensuite Pothier, qui a dit dans son *Traité des Obligations,* n^os^ 701 et 704 : « Les actes authentiques font foi principalement contre les personnes qui étaient parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits : ils font pleine foi contre ces personnes..... L'acte prouve contre un tiers *rem ipsam,* c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue..... »

76. — Nous croyons que Braas est trop affirmatif quand il voit dans les paroles de Pothier la simple reproduction de celles de Dumoulin. Si l'on s'en tient à ce que nous avons cité, peut-être ; mais que l'on examine l'explication de Dumoulin qui suit le passage sur la foi des actes actes authentiques *erga omnes* : « *Quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites.....* » et qu'on la compare avec le dévoloppement de Pothier sur la proposition : « L'acte prouve contre un tiers *rem ipsam.....* »

Du rapport de Jaubert on peut citer : « L'effet principal attaché à l'acte authentique, c'est de faire foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. »

Il semble ainsi établi qu'il faut distinguer la foi et la pleine foi : J'admets que cette distinction ait été faite par Pothier et les rédacteurs du Code à sa suite, mais qu'on doive la faire, qu'elle soit fondée juridiquement, nous le nions et il nous sera facile de le démontrer.

77. — Braas, nous ayant ainsi expliqué le sens des art. 1319 et 1322, passe à leur application et il aboutit aux mêmes conclusions que Marcadé, Demolombe... « La force probante atteignant le degré supérieur sous le nom de pleine foi, par la réaction qu'opère sur elle le caractère obligatoire du fait juridique, se circonscrit donc à ceux que ce fait concerne et affecte, c'est-à-dire aux parties, à leurs héritiers, à leurs ayants cause. Une autre conséquence surgit de cette réaction, c'est que la pleine foi s'exerce et se produit dans les limites mêmes de ce caractère obligatoire » (Braas, *loc. cit.*, p. 229.)

78. — Aucun développement n'est nécessaire sur les parties et leurs héritiers, mais quelles sont donc les personnes que l'art. 1322 appelle ayants cause ? Il faut aller les chercher parmi ceux à qui des droits ont été concédés sur la chose qui forme l'objet du contrat relaté dans l'acte instrumentaire en question. Ces personnes « exerçant le droit des parties, ou des droits qu'elles tiennent d'elles, sont obligées de respecter ou de subir toutes les modifications légalement apportées par leur auteur aux droits qu'ils exercent pour lui, ou tiennent pour eux-mêmes de lui. » Ce sont les ayants cause universels et les ayants cause particuliers. Parmi ces derniers viennent se ranger ceux qui exercent un droit propre antagonique à celui de l'auteur..... qui, tenant un droit de leur auteur soit par la convention, soit par la loi, doivent subir les restrictions que ce droit peut avoir reçues avant sa transmission. « Lorsque ces restrictions ont été insérées dans un acte authentique (1319) ou dans un acte privé régulier à tous égards (1322), on dit que cet acte en fait pleine foi ; et cette force efficiente atteint l'ayant cause, parce que l'ayant cause est passible de la force obligatoire de la convention restrictive de son droit. Au moment où l'auteur conclut légalement cette convention, il représente dès lors ceux à

qui sera ultérieurement transmis l'objet juridique qu'elle modifie. C'est ainsi que par l'intermédiaire du fond du droit exprimé en l'acte, l'ayant cause est représenté en cet acte, en ce sens que l'intérêt, qui est devenu le sien, était *tempore actus gesti*, partie à l'acte. » (Braas, *loc. cit.*, p. 221.)

79. — Nous connaissons ainsi la limite d'application de l'art. 1322, quant aux personnes. Une autre limite s'impose d'elle-même : cette « pleine foi » résultant de la combinaison de la simple force probante et de la force obligatoire de la convention est subordonnée à l'existence de cette force obligatoire. Si celle-ci tombe pour cause de dol, d'erreur, de violence, la pleine foi disparaît avec elle.

Enfin, Braas donne comme exemple l'hypothèse prise par Marcadé, et nous convenons facilement avec lui, que sa théorie de la pleine foi n'est qu'un développement, une explication du système de cet auteur, en en retranchant ce qu'il dit de la date.

80. — Nous admettons avec Braas, Marcadé, Demolombe, Larombière, que leur interprétation exprime exactement les idées de Pothier et des rédacteurs du Code : les textes cités par Braas le montrent suffisamment. Mais nous disons que ces idées sur les effets des actes sous seing privé n'en sont pas moins des idées fausses. Elles sont le résultat d'une confusion qui depuis longtemps est faite entre les effets de l'acte juridique et les effets de l'acte instrumentaire. Que Pothier, les rédacteurs du Code, un grand nombre de jurisconsultes modernes aient commis cette erreur, cela montre de quel poids elle pèse sur les esprits, cela ne la justifie pas. Il nous faut essayer de faire voir que les interprétations données par Marcadé, Demolombe, Braas ont leur source dans cette confusion.

81. — Les objections faites par Marinier à Marcadé sont fondées : il est impossible de dire qu'un acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard d'un ayant cause particulier, après que la date de cet acte sous seing privé a été déterminée conformément à l'art. 1328. Nous nous attacherons à rechercher la

pensée intime de Marcadé, Demolombe... Braas dans leur interprétation de l'art. 1322.

82. — Tous ces auteurs décident que l'expression ayants cause de l'art. 1322 désigne tous ceux qui exerçant le droit des parties ou des droits qu'ils tiennent d'elles sont obligés de respecter ou de subir toutes les modifications légalement apportées par leur auteur aux droits qu'ils exercent pour lui, ou tiennent pour eux-mêmes de lui. Il y a ainsi deux catégories d'ayants cause : les ayants cause universels, les ayants cause particuliers. Ces derniers, au regard de l'art. 1328, s'appellent tiers parce qu'ils exercent un droit propre, antagonique à celui de l'auteur, mais lorsque l'acte sous seing privé a subi l'épreuve de la date certaine ce tiers devient l'ayant cause de l'art. 1322. Tenant un droit de son auteur soit par la convention soit par la loi, il doit subir les restrictions que ce droit peut avoir reçues avant sa transmission. La « force efficiente » appelée pleine foi l'atteint donc, puisqu'elle atteint ceux qui sont passibles de la force obligatoire de la convention.

83. — Prenons un exemple : A a vendu sa maison successivement à B et à C. Le titre de C a une date certaine postérieure à la date de l'acte sous seing privé constatant l'acquisition faite par B : C, disent ces auteurs, est tiers et reste tel jusqu'à ce que B ait prouvé l'antériorité de son titre conformément à l'art. 1328 ; alors il deviendra ayant cause. Examinons quels sont les rapports juridiques de ces trois personnes A. B. C.

84. — D'après Marcadé, Demolombe, Braas, l'acte sous seing privé de B fait foi à l'égard de C parce qu'étant ayant cause de A il ne peut avoir plus de droits que lui.

Avant que la certitude de la date de l'acte de B soit établie, on savait déjà que B et C étaient créanciers chirographaires de A en vertu de la vente. La date certaine établie, il devient constant que B est devenu propriétaire de la chose objet du contrat de vente qu'il a formé avec A, que C n'a rien pu acquérir et qu'il n'est que créancier personnel. Tels sont les rapports juridiques de B et de C avec A.

Quels rapports juridiques existent entre B et C ? Nous n'en apercevons aucun. On dit que C a été réprésenté par A au contrat de vente passé avec B et que par conséquent il est obligé, comme ayant cause, de respecter ce transfert de propriété. Sans doute C est ayant cause de A, mais parce qu'il est créancier chirographaire, et il est ainsi son ayant cause particulier. Comment un ayant cause particulier peut-il avoir été représenté dans un contrat passé par son auteur et une autre personne ? On nous dira A ne pouvait transmettre plus de droits qu'il n'en avait, C a succédé à la situation de A relativement à la chose qu'il a voulu lui acheter. Mais cela revient à dire que A ne pouvant transmettre des droits sur une chose dont il n'avait plus la propriété, a pu cependant transmettre des obligations relativement à cette chose, que C parce qu'il n'a pu acquérir est devenu garant de l'acquisition faite antérieurement. Pour nous, il paraît plus simple de dire que C est obligé de respecter l'acquisition de B parce qu'il est prouvé que B est devenu propriétaire *erga omnes* du jour de la date certaine. Il n'existe donc aucun rapport juridique entre B et C. Si donc B dit à C : « Mon acte sous seing privé fait foi à votre égard parce que vous n'avez pas de droit distinct et indépendant du droit de votre auteur qui est en même temps le mien », C pourra lui répondre : « Je suis pour vous ce que sont les autres hommes, des étrangers, comme les autres hommes, je respecte votre droit de propriété, parce que vous avez prouvé que vous êtes devenu propriétaire. »

83. — Pour Marcadé et Braas, C au contraire, est ayant cause en ce sens qu'il est obligé de reconnaître les droits de B. Remarquons que Toullier donne de l'art. 1322 exactement la même interprétation. Pour lui aussi cet article est l'expression du principe que la propriété étant transférée par le seul consentement des parties contractantes, l'ancien propriétaire ne peut après la perfection du contrat de vente transférer des droits qui ne lui appartiennent plus. Les deux systèmes ne diffèrent que sur l'étendue d'application de l'art. 1328 : quand deux acquéreurs successifs de la même chose sont aux prises, d'après Toullier, l'art.

1328 ne joue aucun rôle, d'après Marcadé et Braas la date de l'acte sous seing privé ne peut faire connaître quel est l'ordre des acquisitions, quel est l'ayant cause ; cette détermination doit être faite par l'art. 1328 dont la fonction est ainsi préalable à celle de l'art. 1322.

Quoiqu'il en soit, retenons bien que pour Marcadé, Demolombe et Braas, C est soumis aux effets de la vente passée entre B et A parce qu'il a été représenté par A à ce contrat.

86. — Nous avons vu avec Merlin que l'acte sous seing privé devait être considéré en lui-même, abstraction faite de l'acte juridique qu'il exprime. De là nous avons déduit que les qualités d'ayants cause et de tiers, devaient être attribuées par rapport à l'acte sous seing privé, et non par rapport à l'objet de la convention exprimée dans l'écrit. Marcadé et Braas, dans leur interprétation de l'art. 1322, raisonnent en confondant les effets de l'écrit et les effets de la convention. La pleine foi dont parle cet article est une combinaison d'effets probants et d'effets obligatoires, et c'est ce qui explique pourquoi les rédacteurs du Code n'ont pas dit que l'acte sous seing privé fait pleine foi *erga ommes* : du moment que la pleine foi participe des effets de la convention, elle ne peut avoir lieu qu'à l'égard de ceux qui sont atteints par les effets obligatoires de cette convention. C'est donc avec raison que l'art. 1322 a dit que l'acte sous seing privé comme l'acte authentique fait pleine foi seulement à l'égard des parties des héritiers et des ayants cause universels et particuliers ; puisque seuls ils ont figuré à la convention par eux-mêmes ou par représentation.

87. — L'interprétation de Marcadé et de Braas a donc pour base deux idées que nous considérons comme erronées : la confusion possible des effets de l'écrit et des effets de l'acte juridique relaté dans l'écrit, la représentation du deuxième acquéreur, au contrat de vente premier en date, par le vendeur commun.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce système d'interprétation ; nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit sur la nécessité de la distinction de l'acte juridique et de l'acte instrumentaire

quand nous avons exposé les idées de Merlin et à l'étude que nous ferons plus loin de la nature juridique de l'acte instrumentaire.

88. — La théorie de la date des actes sous seing privé dans Braas et Laurent peut être résumée par les deux propositions suivantes : L'art. 1322 est étranger à la question de la date ; cette question est réglée par l'art. 1328 seul, expressément ou implicitement.

Il n'existe pas, comme on l'a cru, d'antinomie entre la disposition de l'art. 1322 et celle de l'art. 1328 : ces deux textes n'ayant pas le même objet ne peuvent être incompatibles. Braas et Laurent n'ont donc pas à chercher à concilier ces deux textes. L'art. 1322 est étranger à la question. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette décision des deux auteurs belges,

« Nous croyons, dit Laurent, que tel n'est pas l'objet de l'art. 1322 ; et il suffit pour s'en convaincre, d'appliquer le texte de la loi à la date que porte l'acte sous seing privé. Le texte dit : « L'acte sous seing privé reconnu fait la même foi que l'acte authentique. » Or, l'acte authentique fait foi de la vérité de la date jusqu'à inscription de faux ; donc l'acte sous seing privé prouverait aussi jusqu'à inscription de faux la sincérité de la date que les parties y ont mises. » (Laurent, t. XIX, p. 234). Braas prenant à la lettre l'art. 1319 a modifié et rendu plus fort cet argument. La date des actes authentiques existe non seulement vis-à-vis des parties, mais vis-à-vis de tous indistinctement. L'art. 1319 parlant de foi à l'égard des parties, leurs héritiers et ayants cause, par conséquent à l'égard d'un nombre limité de personnes, ne parle donc pas de la date qui fait foi *quoad omnes* : or, l'art. 1322 renvoie à l'art 1319 pour la détermination des effets des actes sous seing privé, donc il ne peut avoir pour objet de régler la question de date, car étant subordonné à l'art. 1319 il ne peut être considéré comme plus étendu que lui. A cela on peut ajouter que l'art. 1319 ne parle que de la convention. (V. Braas, *loc. cit.*, p. 173 et s., p. 207, n° 1).

89. — L'art. 1328 règle seul la question de la date des actes sous seing privé. Cet article détermine quelles sont les circonstances grâce auxquelles l'acte sous seing privé peut avoir une date à l'égard des tiers. Remarquons que le jour de l'enrégistrement, le jour de la mort d'un des signataires, le jour de la relation dans un acte authentique sont des époques où l'acte sous seing privé a existé certainement mais ne fournissent pas la date de l'acte sous seing privé : la date d'un acte ne peut avoir qu'un sens, le jour où il a été rédigé. Cette certitude de l'existence de l'écrit résultant de l'enrégistrement, de la mort d'un des souscripteurs a lieu non seulement à l'égard des tiers, mais aussi à l'égard des parties et de leurs héritiers. Aussi Laurent dit-il avec raison : « Entre les parties, l'acte sous seing privé n'a pas non plus de date certaine dans le sens de l'art. 1328. Alors même que l'acte est reconnu, la date qu'il porte n'est pas une date certaine, c'est-à-dire une date dont la sincérité ne peut être attaquée que par l'inscription de faux ; la date n'est qu'une déclaration, et cette déclaration peut être combattue par la preuve contraire. Donc, entre les parties, l'acte n'a pas de date certaine ; elles sont admises à prouver que l'acte est antidaté, que la date n'est pas sincère. Ce qui est vrai des parties, est aussi vrai de leurs héritiers, et cela serait vrai également des ayants cause à titre particulier, et même de tous les tiers, si l'art. 1322 s'appliquait à la date. » (Laurent, t. XIX, p. 335.). Mais la date mise sur l'acte sous seing privé si elle ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, fait cependant foi, en vertu de quel texte ? quelle est l'étendue de cette foi ? à l'égard de quelles personnes a-t-elle lieu ?

90. — « La foi due à l'énonciation des temps dans les actes privés a été exclusivement régie par l'art. 1328 ; elle l'a été par cette disposition vis-à-vis de tous ceux à qui ces actes peuvent être opposés. En édictant qu'ils n'ont pas de date à l'égard des tiers, le législateur a affirmé du même coup, par cette double négation, que les actes sous seing privé font foi, par eux seuls, à l'égard des autres. (Braas, *loc. cit.*, p. 134). Il suffit donc de retourner l'art. 1328 pour avoir un texte régissant les effets de la

date des actes sous seing privé. Puisque la date certaine fait foi jusqu'à inscription de faux. il faut dire : la date incertaine écrite par les parties ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Si la date certaine n'est exigible que par les tiers, c'est qu'à l'égard des non-tiers la foi jusqu'à preuve contraire de la date incertaine qui existe, rend cette exigence impossible.

91. — Pour connaître quelles personnes sont tiers, quelles personnes ne le sont pas, Braas commence par poser nettement la distinction, seulement sous-entendue par Merlin, de l'*instrumentum* et du *negotium juris*. Sur ce point, nous avons entièrement suivi Braas, aussi notre exposé sera-t-il assez bref. « Il est évident qu'il y a des parties à l'instrumént *participes instrumenti*, et des parties à la convention *partes respectu juris negotii ;* qu'il y a des tiers à l'acte et des tiers au droit que l'acte constate. » (Braas, p. 135). Ceci posé, rien de plus simple que la détermination des non tiers : d'abord les parties, ceux qui ont souscrit les actes instrumentaires ; puis tous ceux ayant succédé à la personnalité juridique des souscripteurs sont de droit considérés comme ayant participé aux actes souscrits, ce sont les héritiers et ayants cause universels ; enfin il peut y avoir aussi des ayants cause particuliers aux actes sous seing privé : « ceux qui, par l'effet d'une convention représentant le souscripteur d'un acte privé, tellement qu'ils sont censés l'avoir eux-mêmes souscrit. » (Braas, *loc. cit.*, p. 149.) Braas cite quelques personnes qui, selon lui, succèdent ainsi à un acte sous seing privé, tout en restant étrangères à l'ensemble des droits des obligations du souscripteur de l'acte auquel il succède. La qualité de tiers résulte donc de ce qu'on est resté en fait et en droit étranger à la rédactiou de l'acte écrit : sont donc tiers tous ceux qui n'ont pas souscrit les actes privés qui leur sont opposés, et qui ne sont pas non plus censés les avoir souscrits par représentation. Comme Braas, nous avons pensé que la qualité de tiers résultait de la non participation à l'acte sous seing privé : cependant sur certains points, nos solutions seront différentes. Indiquons immédiatement la cause de cette divergence : Braas a considéré l'acte instrumentaire plutôt comme un acte

matériel que comme un acte juridique, œuvre de la volonté des souscripteurs. Aussi, ne pouvons-nous le suivre quand il dit : la disposition de l'art. 1328 « se circonscrit dans les limites des actes instrumentaires, qui sont dès lors l'élément auquel ceux à qui on les oppose se rattachent et empruntent leur dénomination. » Cela revient à dire que les parties de l'acte 1328 doivent être les participants, et les tiers, les non-participants à *l'œuvre matérielle des actes*. Cette œuvre consistant *essentiellement dans la souscription manuelle* de celui qui s'oblige, ou reconnaît un fait juridique, il ressort de là que les parties aux titres instrumentaires ainsi considérés doivent être les signataires et les tiers les non signataires d'iceux. » (Braas, *loc. cit.*, p. 137).

92. — Ce n'est pas seulement en donnant une définition juridique du mot tiers que Braas s'est distingué des auteurs qui l'ont précédé : il est un des rares jurisconsultes qui aient compris que, le sens de ce mot une fois déterminé, tout n'est pas fini avec l'art. 1328.

Avant d'aborder la critique du système de Braas, critique qui portera sur les rapports qu'il a établis entre l'art. 1322 et l'art. 1328, nous indiquerons brièvement les solutions qu'il a données sur les autres difficultés que soulève notre acticle.

93. — Les personnes qui ont le droit d'invoquer la qualité de tiers étant déterminées, il faut encore connaître le fondement et la nature de ce droit d'invoquer la qualité de tiers. Pour la plupart des auteurs, l'art. 1328 découle de la bienveillance du législateur, bienveillance qui ne s'est manifestée qu'assez tard dans notre droit. Braas a nettement repoussé cette idée d'intérêt menacé protégé par le législateur : « Les rapports de droit qui sont la source de l'intérêt que l'un de ces tiers peut avoir à repousser l'acte ne sont pas la source de cette qualité de tiers. Seulement d'abstraite qu'elle était, et indifférente jusque là, ces rapports la rendent concrète, en font une réalité légale, susceptible d'effets. Le tiers à qui on oppose cet acte est donc tel, non seulement au moment où prennent naissance les rapports de droit, source de son intérêt, mais au moment même où cet acte a été souscrit. » (Braas, *loc.*

cit., p. 150.) Braas exprime ainsi nettement que celui qui invoque l'art. 1322 agit non en vertu d'une faveur, mais en vertu d'un droit : ce droit, il ne le caractérise pas. Nous nous attacherons à développer ce point tout particulièrement.

94. — L'art. 1328 indique trois cas où la date des actes sous seing privé fait foi à l'égard des tiers : quel est le sens de cette énumération ? est-elle limitative ? si oui, pourquoi ? n'existe-t-il pas quelque caractère commun qui unisse ces trois circonstances, l'enregistrement, la mort d'un souscripteur, la relation dans un acte authentique ? Braas n'a pas eu à répondre à cette suite de questions. Pour lui l'énumération n'est pas limitative, non seulement il existe d'autres circonstances par suite desquelles l'existence d'un acte sous seing privé est constatée d'une manière certaine, mais encore cette existence peut être prouvée par témoins. Braas détermine d'abord quel est le sens de l'art. 1328. Le législateur, d'après lui, n'a pas voulu dire : « Les actes sous seing privé n'ont pas de date possible contre les tiers, hors les trois cas prévus au texte. » Mais au contraire : « Les actes sous seing privé ne font, *par eux seuls*, foi de leur date à l'égard des tiers que du jour où ils ont été enregistrés..... » La situation est donc celle-ci : L'acte fera foi par lui-même de sa date contre un tiers si l'on est dans l'un des trois cas prévus par l'art. 1328 ; si au contraire l'acte n'a pas été enregistré, si un des souscripteurs n'est pas mort, celui qui invoque un acte sous seing privé pourra en prouver la date par d'autres moyens de preuve, par témoins. (V. Braas, *loc. cit.*, p. 96 et s.) Braas invoque la tradition. Nous verrons plus loin qu'en effet, il est fort probable que dans l'ancien droit la preuve par témoins était admise pour établir la date des actes. Il en résulte nécessairement que la date n'avait pas été comprise par l'ordonnance de Moulins et par l'Ordonnance de 1667 parmi les choses juridiques dont la preuve par témoins avait été interdite. « Il faut observer, a dit Danty dans son commentaire sur Boiceau, que les Ordonnances n'ont entendu parler que des conventions, ou des dépendances des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit. » Et Braas ajoute : « La preuve des faits ma-

tériels, tenant exclusivement à l'acte considéré comme instrument, a toujours été reçue. Cette proposition est tellement fondée et acceptée, que les docteurs allaient jusqu'à prétendre, exagération évidente d'un principe vrai, que le fait consistant dans la remise d'une chose, fait auquel certaines conventions, le prêt, le commodat... empruntent leur cause et leur force obligatoire, était susceptible d'être établi par témoins, nonobstant les Ordonnances. » (Braas, *loc. cit.*, p. 106.) Braas assimile la preuve de la date à la preuve de la sincérité de la signature : « La vérité d'une signature et la réalité d'une date sont d'ailleurs des faits d'une égale simplicité, et semblables sous le rapport de la nature juridique..... Indépendamment donc de ce que la preuve par témoins de la réalité de la date des actes privés découle logiquement du même principe que celle de la sincérité de l'écriture, l'analogie qui existe entre l'objet de l'une et celui de l'autre ne permet pas de penser que celle-ci soit admissible à l'exclusion de celle-là. » (Braas, *loc. cit.*, p. 109.)

95. — Braas a entrevu le lien qui unit la disposition de l'art. 1328 à celle des articles 1341 et suiv. : nous développerons cette idée. L'argument qu'il tire de la tradition en faveur de la preuve par témoins de la date serait irréfutable, s'il avait établi tout d'abord que le principe de la prohibition de la preuve testimoniale ne s'est ni modifié dans son expression, ni étendu dans son application. L'art. 1341 parle-t-il seulement des conventions et de leurs dépendances ? Dans l'art. 1348 qui indique des exceptions à l'art. 1341, est-il question de faits matériels ? En admettant que la prohibition de la preuve par témoins ait été ainsi comprise par les rédacteurs du Code, nous avons déjà montré et nous reviendrons sur ce point, que la date doit être considérée non comme une dépendance, mais comme un élément de la convention. Braas ne justifie pas cette similitude de nature qu'il prétend exister entre la date et la signature. Nous verrons qu'au point de vue de la prohibition de la preuve testimoniale, telle qu'elle a été entendue à notre avis par le Code civil, cette similitude est loin d'exister.

96. — Dans les travaux préparatoires, une seule phrase de

Jaubert est assez formelle dans le sens de la solution de Braas : « C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé *cette ancienne règle que les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls, de date contre les tiers.* Un seul argument nous paraît pouvoir faire tomber le système de Braas ; nous le tirerons de l'esprit des articles 1341 et 1348. Il nous est impossible de l'exposer ici.

97. — L'interprétation de l'art. 1328 par Braas a ceci de remarquable, nous l'avons déjà dit, qu'elle est complète : Il nous donne un critérium permettant de déterminer les personnes qui peuvent invoquer la qualité de tiers ; s'il ne caractérise pas le droit à invoquer cette qualité, il écarte au moins les idées empiriques admises jusqu'à lui ; enfin nous savons comment il faut entendre « que du jour où ils ont été enregistrés, du jour..... »

98. — Nous aurons souvent dans la suite à discuter les idées de Braas, aussi, avant de passer à l'examen de la jurisprudence et du système de M. Fourcade (qui viendra en dernier lieu comme permettant d'exposer une idée commune à tous les auteurs et à la jurisprudence et que nous avons seulement indiquée jusqu'ici), nous bornerons la critique de son interprétation de notre article à un seul point. Nous ne pensons pas que l'art. 1328 puisse seul régler la question de date des actes sous seing privé.

99. — Tel que l'art. 1322 est entendu par Braas et Marcadé, et il doit être entendu ainsi si l'on veut se conformer à la lettre de cet article et à la pensée de ses rédacteurs, il ne peut déterminer les effets de la date des actes sous seing privé. A moins de dire comme l'ont fait Marcadé et Demolombe que, en vertu de l'art. 1322, l'acte sous seing privé fait foi de sa date, alors que la question de date a été tranchée conformément à l'art. 1328. Il faut donc dire l'art. 1322 décidant quels sont les effets des actes sous seing privé alors que leur date est déterminée, il est impossible que ce soit ce texte qui déclare que les actes sous seing privé font foi à l'égard de certaines personnes, jusqu'à preuve contraire. Mais, de cette impossibibité, Braas et Laurent concluent que l'art. 1328 parle à la fois de la date certaine et de la date qui fait foi

jusqu'à preuve contraire : voilà ce que nous n'admettons pas. Il va nous être facile de démontrer que l'art. 1328, lui non plus, ne peut pas exprimer que la date des actes sous seing privé fait foi jusqu'à preuve contraire.

100. — Ni Braas ni Laurent ne nous disent comment ils sont arrivés à donner ce sens à l'art. 1328. Braas déclare que : « L'art. 1328 régit la date des actes sous seing privé, non au point de vue des éléments qu'elle doit contenir ou de la manière dont elle sera exprimée, mais au point de vue de la présomption de vérité que lui assure, de plein droit, la force probante de l'acte, suivant que cet acte est opposé à telles ou telles personnes (Braas, *loc. cit.*, p. 137). Cette explication est peu claire et ne répond pas à la question. Laurent est plus net, mais il affirme et ne démontre pas : « Reste à savoir dans quelle position se trouvent les héritiers et ayants cause (relativement à la date) à l'égard desquels l'acte fait foi, d'après l'art. 1322. On cherche la solution de cette question dans l'art. 1322, c'est à l'art. 1328 qu'il faut la demander. En effet, l'art. 1322 ne parle que de la foi due à la convention..... » (Laurent, t. XIX, p. 337). On ne peut donner une explication plus insuffisante : parce que l'art. 1322 ne peut déterminer les effets de la date des actes sous seing privé, c'est l'art. 1328 qui joue ce rôle nécessairement.

101. — Nous croyons, avec M. Balleydier, que c'est en raisonnant par « *à contrario* » que l'on arrive à tirer de l'art. 1328 seul, la solution de la question de la date à l'égard des tiers et des non tiers. » L'art. 1328 dit : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers... » Donc il y a des personnes à l'égard de qui l'acte sous seing privé ne fait pas par lui-même foi de sa date, les tiers : « *à contrario* » il en fait foi à l'égard de toutes personnes autres que les tiers. (Balleydier, *loc. cit.*, p. 101.)

Mais l'argument « *à contrario sensu* » est-il applicable à l'art. 1328 ? On formule généralement cet argument par les adages : *qui dicit de uno negat de altero ; inclusione unius fit exclusio alterius*. De là deux conditions nous semblent nécessaires pour qu'il puisse s'appliquer à une disposition d'une loi ou

d'un contrat. Pour pouvoir construire la disposition contraire il faut connaître les cas ou les personnes auxquels cette disposition s'appliquera. Cette connaissance ne peut être tirée que de la disposition dont on argumente et qui doit nécessairement avoir une application limitée, car que pourrait-on obtenir par argument *à contrario* d'une disposition ayant une application générale? Pour qu'une disposition applicable à un nombre limité de cas ou de personnes indique d'une manière certaine les cas et les personnes auxquels la disposition contraire s'applique, il faut que cette disposition contraire puisse s'appliquer à toutes les personnes et à tous les cas, seule indication que puisse fournir la disposition dont on argumente. Il faut donc que la proposition contraire soit une règle générale. Nos deux conditions peuvent se résumer : on ne peut argumenter *à contrario* que d'une disposition exceptionnelle pour rentrer dans le droit commun.

102. — L'art. 1328 a-t-il un caractère exceptionnel ? contient-il une exception à cette règle : les actes sous seing privé font foi de leur date jusqu'à preuve contraire ? L'art. 1328 ne semble pas présenter les caractères d'un texte exceptionnel. Il nous dit qu'à l'égard de toutes les personnes appelées « tiers » l'acte sous seing privé n'existe que du jour de l'enregistrement... Je vois la plutôt une règle qui, s'appliquant à la généralité des personnes auxquelles convient la qualification de tiers, est une règle générale. Pour que l'art. 1328 fût une exception, il faudrait que d'après le droit commun la situation juridique des tiers et des non tiers, de tous, relativement à la date, fût la même. Il faudrait que les principes généraux décidassent : l'acte sous seing privé fait foi *erga omnes* de sa date jusqu'à preuve contraire. Telle doit-être la solution des auteurs qui voient dans notre texte une mesure de protection, longtemps inconnue dans notre droit, qui est destinée à protéger certaines personnes appelées tiers contre les antidates frauduleuses. Braas et Laurent pensent au contraire, et nous avons admis leurs idées sur ce point, que la qualité de tiers donne le droit de dénier tout effet à la date mise sur l'acte sous seing privé : c'est donc que cette date d'après le droit commun

ne peut avoir effet à leur égard, et que la disposition de l'art. 1328 ne peut être une exception à la règle que les actes sous seing privé font foi de leur date jusqu'à preuve contraire. Que l'on remarque en effet que la date des actes sous seing privé est opposable aux non-tiers non parce qu'elle prouve que l'acte a été rédigé au temps qu'elle indique, mais parce qu'elle a été écrite par eux, et l'on comprendra que l'effet de cette date de plein droit n'atteignant pas les tiers, aucun texte exceptionnel n'était nécessaire pour le déclarer. Pour nous conformer aux idées des auteurs anciens et modernes, nous avons considéré l'art. 1328 comme contenant deux dispositions : l'une expresse, disant que les actes sous seing privé n'ont date à l'égard des tiers qu'au jour de l'enregistrement... l'autre tacite, déclare que par exception la date des actes privés ne fait pas foi à leur égard. L'utilité de cette deuxième disposition ne se concevant pas, ne doit pas être considérée comme implicitement exprimée par l'art. 1328. Il y a donc dans cet article une règle déterminant quelle est pour tous les tiers à la rédaction de l'écrit la date de cet écrit. Par quel raisonnement pourrait-on arriver à tirer de l'art. 1328 une disposition fixant quelle est la date pour les parties à la rédaction ? Il n'y a aucun point commun entre la situation juridique des tiers et des non-tiers : ceux-ci sont obligés de respecter l'écrit parce qu'il est leur œuvre, si l'écrit est opposable à ceux-là ce ne peut être pour la même raison. C'est en vertu de l'art. 1328 qui par cela même qu'il fixe la date des actes sous seing privé à l'égard des tiers déclare implicitement qu'ils font foi en tant qu'ils expriment une convention. Aucun rapport juridique n'existant entre les deux propositions : l'acte sous seing privé fait foi de la convention et de la date exprimée jusqu'à preuve contraire à l'égard des non-tiers, l'acte sous seing privé fait foi de la convention à l'égard des tiers du jour de l'enregistrement, comment l'une étant exprimée peut-on en déduire l'autre ? Le législateur a donc dû les exprimer l'une et l'autre : la seconde se trouve dans l'art. 1328, cherchons dans quel texte se trouve la première.

103. — Un seul texte, l'art. 1322, parle des effets probants

des actes sous seing privé : si l'on suit l'interprétation de Marcadé et de Braas, qui paraît conforme à la pensée des rédacteurs du Code, ce texte ne peut pas dire que l'acte sous seing privé fait foi de son contenu, convention et date, jusqu'à preuve contraire à l'égard des souscripteurs leurs héritiers et ayants cause relativement à l'écrit.

Nous sommes donc réduits à l'alternative suivante : adopter l'interprétation de Marcadé et de Braas et reconnaître qu'aucun texte du Code n'exprime que l'acte sous seing privé fait foi de son contenu jusqu'à preuve contraire, ou bien ne pouvant admettre une interprétation entraînant une telle conséquence, décider que l'art. 1322 en parlant de pleine foi n'a en vue que la simple foi jusqu'à preuve contraire, que les ayants cause dont il parle ne sont pas les ayants cause relativement à la chose, objet du contrat, exprimée dans l'acte sous seing privé, mais les ayants cause relativement à l'écrit : adopter en un mot l'interprétation de Merlin que nous avons reconnue comme la seule juridique et qui nous permet de dire que le Code civil n'est pas resté muet sur les effets probants des actes sous seing privé.

104. — L'examen de la jurisprudence et des quelques pages que M. Fourcade a consacrées à l'art. 1328 dans son étude sur la *Simulation*, va nous permettre de résumer les idées admises par la majorité des auteurs français, Marcadé, Larombière, Demolombe, Bonnier, Aubry et Rau : à savoir que le mot « tiers » doit être entendu comme indiquant les ayants cause à titre particulier, que l'art. 1328 a pour fondement une présomption rendant inexistante à l'égard des tiers la date des actes sous seing privé.

105. — Les auteurs dont nous venons de citer les noms appellent « tiers » celui qui a acquis relativement à une chose un droit propre, direct, incompatible avec le droit que l'acte sous seing privé, sans date certaine, attribue sur cette même chose, à celui au profit duquel il a été consenti, en un mot celui qui se trouve dans la situation juridique d'un acheteur, d'un donataire... Les arrêts que nous allons rapporter rapidement sont tous relatifs au créancier chirographaire saisissant (l'art. 1141 et la loi du 23 mars 1855 rendent très restreinte, comme nous le verrons, l'ap-

plication de l'art. 1328 dans le conflit de deux acquéreurs de meubles ou de droits réels immobiliers) et justifient l'application de notre article par cette raison que le créancier en saisissant se trouve placé dans la même situation qu'un acheteur, qu'il acquiert dès lors un droit propre et direct incompatible avec le droit concédé par l'acte sous seing privé qu'on lui oppose. On pourrait résumer les motifs de ces arrêts en disant : le créancier saisissant doit être considéré comme un tiers parce qu'on peut le considérer comme un ayant cause particulier.

106. — Dans l'espèce qui a donné lieu à son arrêt de la Ch. des req. de la Cour de cassation du 13 août 1868, la femme d'un failli voulant exercer son hypothèque légale et la masse des créanciers sont en présence. Les créances de la femme contre son mari sont constatées par des actes sous seing privé n'ayant pas date certaine. La masse peut invoquer l'art. 1328, et la Cour motive ainsi sa décision : « Considérant que pour se soustraire à l'application de l'art. 1328 la défenderesse invoquerait vainement l'art. 1322 en soutenant que les créanciers du failli sont les ayants cause de celui-ci et non pas des tiers. Considérant que les syndics ne représentent la masse que lorsqu'il y a unité d'intérêt et qu'ils forment une demande en exerçant les droits du failli, mais que dans le procès, la dame X..., créancière de son mari et demanderesse aux fins de ses reprises, a des intérêts contraires à ceux de la masse et agit contre les syndics défendeurs ; que dès lors, les créanciers, dans ce cas, sont réputés être des tiers ; ... (D. 70, I. 126). Un arrêt de Rouen donne la définition du mot tiers que nous avons indiquée, avec plus de précision. Il accorde au créancier saisissant le droit d'invoquer notre article contre l'acquéreur du meuble saisi, « attendu que les créanciers deviennent tiers quand ils font saisir ses biens, qu'en effet alors ils se séparent du débiteur, usent d'un droit qui leur est propre et qu'ils ne tiennent que de la loi ; que la saisie a pour effet de rendre indisponibles les biens sur lesquels elle porte... (Rouen, 22 juin 1872, D., 74, 2. 38). La Cour de cassation dans l'arrêt du 22 juin 1875, Ch. civ., nous donne une définition du créancier ayant cause

dont on peut tirer facilement celle du créancier tiers : « Attendu qu'au point de vue de l'application de l'art. 1322 et de l'art. 1328, les créanciers chirographaires agissant en cette seule qualité, sans faire valoir de droits particuliers, distincts de ceux qu'elle leur confère sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, doivent en règle et le cas de fraude excepté, être considérés comme des ayants cause et non comme des tiers... » (S. 75, I. 309). Dans un arrêt de la Cour de Rennes du 22 juillet 1879, même définition du mot tiers est donnée : « Attendu que ces créanciers, agissant en cette qualité sans faire valoir de droits particuliers distincts de ceux qu'elle leur confère sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, doivent en règle générale et le cas de fraude excepté, être considérés comme les ayants cause de ce débiteur et non comme des tiers... » (S. 81. 2. 31.)

107. — Ces quelques arrêts suffisent pour justifier la proposition que nous avons avancée : que la jurisprudence, avec la majorité des auteurs français, définit les tiers de l'art. 1328 tous ceux qui peuvent être considérés comme des ayants cause particuliers. Ce sens du mot tiers pour la jurisprudence comme pour la doctrine paraît être une sorte d'article de foi, qu'il est inutile d'essayer de discuter, qui s'impose de lui-même. Dans beaucoup d'arrêts, aucun motif n'accompagne la reconnaissance de la qualité de tiers. Dans d'autres, le droit d'invoquer cette qualité est accordé ou refusé par des motifs d'équité, par suite des circonstances de la cause. Ainsi, dans un arrêt d'Orléans du 24 mai 1848, les créanciers du failli ne sont pas des tiers à l'égard de la femme invoquant son hypothèque légale : « attendu que la femme mariée étant sous la puissance et l'autorité de son mari, n'est pas libre de choisir le mode d'engagement que celui-ci lui fait contracter avec lui, dans son intérêt personnel ; qu'elle est ainsi dans l'impuissance de faire donner par l'enregistrement une date certaine à ces obligations.....» (D. 48. 2. 185.)

De tous les motifs d'équité invoqués pour l'application ou la non application de l'art. 1328, il nous a été impossible de dégager un principe qui ait guidé les tribunaux.

108. — Nous avons montré plusieurs fois que, d'après la doctrine, les rédacteurs du Code en écrivant l'art. 1328 dans nos lois, auraient voulu protéger ceux qui, par l'antidate des actes sous seing privé, peuvent être facilement trompés : l'art. 1328 aurait pour fondement une présomption légale de fraude frappant d'inexistence à l'égard des tiers la date des actes sous seing privé. M. Fourcade voit, lui aussi, dans notre disposition, un cas de présomption légale, non de fraude, mais de simulation. Il place l'art. 1328 à côté des articles 911, 1100 et 918.

Il nous sera facile de montrer (et cela résulte déjà de ce que nous avons dit à propos de l'argument *à contrario*, par lequel Laurent et Braas tirent de l'art. 1328 la règle que les actes sous seing privé font foi de leur date jusqu'à preuve contraire) que l'idée de présomption légale doit être rejetée.

109. — La présomption légale de fraude ou de simulation serait une présomption *juris et de jure*, puisque les actes sous seing privé ne peuvent avoir de date à l'égard des tiers que par l'enregistrement, la mort d'un souscripteur..... : « On doit considérer comme des présomptions absolues, celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, ou accorde une exception péremptoire contre une action, lorsque, dans ces hypothèses, elle n'a pas formellement réservé la preuve contraire..... (Aubry et Rau, t. VIII, p. 163.) C'est bien une présomption absolue de simulation que M. Fourcade voit dans le texte de l'art. 1328. On ne peut s'exprimer plus nettement : « L'art. 1328 édicte des dispositions protectrices en faveur de certaines personnes qu'il appelle des tiers..... Quelle est la protection qu'il accorde..... La nature et la portée de la protection qu'il accorde aux tiers se trouveront résumées dans les propositions suivantes : lorsqu'un acte est rédigé sous seing privé, sa date est présumée simulée. Cette présomption est irréfragable, les parties n'ont aucun moyen d'établir contre les tiers qu'elles ont mis à l'acte une date sincère. Mais cette présomption de simulation applicable aux déclarations des parties dans les actes sous seing privé est inadmissible à l'endroit des déclarations des officiers publics. Lors donc qu'à l'acte sous seing

privé coexiste un acte public qui constate à un moment donné l'existence de l'acte privé, à la première présomption de la loi s'en ajoute une seconde : la date mise par les parties est toujours présumée fausse, mais on sait qu'à un moment donné l'acte sous seing privé existait, ou du moins son existence, à ce moment, est présumée jusqu'à inscription de faux. (Fourcade, *loc. cit.*, p. 152 et 154.) Mais on n'enlève l'existence qu'à ce qui existe, on n'annule que ce qui est valable. Or, la date des actes sous seing privé ne pouvant *ipso jure* avoir d'existence qu'à l'égard des souscripteurs, leurs héritiers et ayants cause à l'écrit, une présomption légale de fraude ou de simulation n'a point à intervenir pour lui enlever à l'égard des tiers des effets qu'elle n'a pas.

110. — La date des actes sous seing privé ne prouve pas que l'acte a été rédigé à l'époque qu'elle indique. Nul n'est témoin *in re sua*. En ce sens nous avons déjà dit avec Laurent : « L'acte sous seing privé n'a point de date. » Si donc entre certaines personnes on considère l'acte comme ayant été réellement rédigé à l'époque qu'il indique, ce n'est pas parce que cette indication fait preuve. Les effets de la date mise par les parties découlent donc d'autres principes. C'est que quand on oppose l'acte à l'une des parties qui l'a reconnu, « en le reconnaissant elle avoue que la date portée à l'acte y a été mise par elle de concert avec les autres parties contractantes.... (Laurent, t. XIX, p. 337). L'art. 1134 nous donne donc la raison des effets de la date des actes sous seing privé, elle fait foi entre les souscripteurs, leurs héritiers et ayants cause à l'écrit parce que de leur participation à la rédaction de l'écrit résulte la volonté de voir considérer comme vrai ce qu'exprime cet écrit. La date des actes sous seing privé fait foi non parce qu'elle prouve, mais parce qu'on a voulu qu'elle fît foi.

Alors il ne nous reste plus qu'à appliquer l'article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers... » La date des actes sous seing privé étant « *res inter alios acta* » à l'égard des tiers, une présomption

légale de fraude ou de simulation n'a point à intervenir pour enlever l'existence à des effets qui n'existent pas.

111. — On nous objectera : si telle est la nature des effets de la date des actes sous seing privé, celle des effets des déclarations sur la convention est nécessairement la même. Cependant les actes écrits font foi de la convention à l'égard des tiers. Nous ne pouvons qu'indiquer la réponse à cette objection : elle sera développée dans l'étude de la nature juridique de l'acte instrumentaire que nous allons bientôt aborder. Nous montrerons qu'entre les souscripteurs, leurs héritiers et ayants cause à l'écrit, les effets des déclarations sur la convention et sa date sont régis par l'art. 1134 ; qu'en vertu de l'art. 1165 ces effets ne peuvent pas avoir lieu à l'égard des tiers.

Mais le législateur a distingué entre les déclarations sur la date et les déclarations sur la convention. Les premières ont été laissées par lui dans le droit commun, sans effet à l'égard des tiers ; aux secondes il a ajouté une présomption de vérité qui leur permet de franchir les limites posées à leurs effets par l'art. 1165.

§ III. — Interprétation de l'art. 1328 C. civ.

112. — Nous ne suivrons pas dans notre interprétation de l'art. 1328, les errements de la doctrine et de la jurisprudence. Construire *a priori* un système en s'inspirant des documents fournis par l'ancienne jurisprudence et les travaux préparatoires, et des nécessités de la pratique, puis chercher à le concilier avec les textes, nous a paru une mauvaise méthode. C'est l'ordre inverse qu'il faut suivre et s'adresser d'abord, exclusivement même si c'est possible, au texte de la loi. Dans l'incertitude, les principes généraux nous fourniront plus de lumière, que les œuvres de Pothier, l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu et les rapports de Jaubert. Peut-être faut-il craindre en suivant cette méthode de dépasser les limites du droit positif. Les principes généraux peuvent conduire trop loin, donner une interprétation très logique

qui n'est qu'une utopie devant le Code civil. Nous éviterons de tomber dans cet excès, contraire à celui que nous avons reproché aux auteurs. Nous ne donnerons pas le pas au droit naturel dans l'interprétation du droit positif : nous ne rejetterons pas complètement les documents qui nous sont parvenus sur la loi. Mais nous consulterons avant tout le texte de l'art. 1328.

113. — M. Willem a parfaitement résumé et critiqué les reproches que l'on pourrait faire à la méthode que nous suivons : « Cette obéissance pure et simple à la loi formelle, c'est du pharisaïsme, dira-t-on ; qu'est-ce que la loi sans l'esprit qui y règne, et comment découvrir cet esprit sans interroger, dans le silence de la loi, l'intention que le législateur a oublié d'exprimer ? A cela je réponds : de deux choses l'une ; les intentions cachées sont obligatoires : ou parce que vous les supposez faire partie intégrante de la loi et participer de sa force exécutoire, ou, si cette opinion se trouve insoutenable et qu'elles ne fassent pas partie de la loi, parce qu'elles sont du législateur aussi, parce qu'elles sortent de la même bouche matérielle que la loi ; en français, parce que le législateur est infaillible : ce dernier mot, bien qu'il ait l'air d'une plaisanterie, serait très pauvre s'il n'était sérieux. Le dilemme que je pose a pour but précisément de séparer et de montrer en regard l'une de l'autre les seules raisons dont s'appuie l'opinion que je combats, et qui, bien que mutuellement exclusives, profitent d'un certain demi-jour où on les laisse pour se joindre et prendre à elles deux une apparence de vraisemblance. Quant à la deuxième alternative, entreprendre sérieusement de la réfuter serait superflu. Il suffit de l'énoncer pour la détruire, mais l'énoncer était inutile. L'idée orientale et antique de l'inspiration divine des lois flotte encore ça et là à l'état de croyance vague ; personne n'oserait la défendre, mais elle est au fond de bien des opinions arriérées.

. . . . . .

« On se rejettera sur la première alternative ; on soutiendra que la loi telle quelle est incomplète et que rechercher l'intention de ceux qui l'ont faite est non pas ajouter à la loi un élément hété-

rogène, mais la compléter dans son esprit. Cette opinion repose sur l'idée fausse de l'*identité de l'esprit de la loi et de l'intention ou des intentions du législateur ;* c'est là encore une croyance vague, un quiproquo qui ne résiste pas à l'examen. Le législateur n'a pas fait la loi, quant à son contenu : il s'est borné à choisir ; les principes choisis par lui sont inviolables de ce moment, mais il sont dominés par une intention bien autrement haute que l'intention de celui qui les a sanctionnés : au-dessus de la volonté du législateur, il y a la volonté des choses..... Ce qu'il faut rechercher, c'est l'intention totale de la loi, ce qui ne revient pas à dire la somme des intentions partielles du législateur, puisque parfois ces intentions se heurtent. C'est cette *intention totale*, laquelle peut-être le législateur n'a pas vue, c'est cet esprit de la loi que le développement scientifique a pour but de faire apparaître..... » (Willem, *Revue hist. de Droit*, ann. 1860, p. 157.)

114. — L'art. 1328 dit : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. » Ce texte, souvent accusé d'obscurité, nous a paru très clair. Le mot « tiers », sans doute, pris en lui-même, n'est guère susceptible que d'une interprétation très vague. Le « tiers » c'est la troisième personne quand une chose a été faite par deux, c'est celui qui est resté étranger. Il ne faut pas isoler ce mot, si l'on veut savoir quelles personnes il désigne. Il faut rechercher quelles personnes ont agi, ce qu'elles ont fait et l'on déterminera par là quelles personnes sont restées étrangères à l'accomplissement de ce fait et les conséquences de leur abstention. Une fois que l'on a répondu à cette question : Tiers à quoi ? le mot tiers a un sens bien clair. S'il s'agit d'un fait matériel, c'est celui qui n'y a pas mis la main, mais qui pourra fort bien en souffrir ; s'il s'agit d'un fait juridique, c'est celui qui n'a pas participé à sa formation, dont la volonté est restée inactive, qui par conséquent

ne doit pas en subir les effets. « Le mot « tiers », comme le dit Braas (*Théorie lég. des actes sous seing privé*, p. 134), révèle en dehors de sa notion, l'existence de parties entre lesquelles se restreignent les effets d'une opération juridique. Les tiers semblent par cela devoir être plus logiquement définis par voie d'exclusion, puisqu'ils sont ceux vis-à-vis de qui ces effets ne se produisent pas. »

115. — A quel fait les tiers de l'art. 1328 sont-ils restés étrangers? La réponse est facile : l'art. 1328 a pour objet de régler la question de la date des actes à l'égard de ces personnes qu'il désigne par « tiers », comme il ne s'agit dans l'article que des actes sous seing privé, les tiers de l'art. 1328 sont les tiers à l'acte sous seing privé. — Précisons davantage : il y a là une confusion qui pourrait être faite : « Les actes sous seing privé sont des *instruments* destinés à la constatation des *choses juridiques*. Ils contiennent aussi deux éléments qui doivent être, et pour ainsi dire presque à chaque instant, comme déjà nous venons de le voir, soigneusement distingués » (Braas, *loc. cit.*, p. 12).

L'idée est bonne, mais l'expression en est peut-être un peu inexacte, l'*instrumentum* et l'acte sous seing privé ne font qu'un, les choses juridiques constatées sont en dehors, soutenir le contraire serait dire que l'acte juridique se forme *litteris*. — « C'est surtout lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les tiers aux actes qu'il faut se prémunir contre cette confusion. Car la notion « tiers », toujours relative, emprunte sa définition à la disposition légale dont elle dépend. La disposition concerne-t-elle l'acte instrumentaire? Régit-elle l'acte juridique? » (Braas, *loc. cit.*, p. 12 et 13.)

116. — S'agit-il dans l'art. 1328 de personnes qui n'ont pas participé à la formation de l'acte juridique, et par suite de tiers à l'acte juridique, ou de personnes qui n'ont pas participé à la rédaction de l'écrit et par conséquent de tiers à l'écrit : « S'agit-il des *instrumento penitus extranei* ou bien des *negotio juris penitus extranei?* »

On ne conçoit pas comment l'existence dans le temps d'un acte

juridique formé *consensu*, pourrait être constatée par l'enregistrement ou la relation dans un acte authentique ! De ces trois moyens de déterminer la date, un seul pourrait s'appliquer à l'acte juridique lui-même : du jour de la mort de l'une des parties le consentement a cessé de pouvoir se former.

Nous savons que c'est à la rédaction d'un *instrumentum* que les tiers de l'art. 1328 sont restés étrangers. Pour connaître quelles sont pour les tiers les conséquences du rôle purement négatif qu'ils ont joué, il nous faut d'abord connaître les conséquences de la participation à la confection d'un écrit et pour cela étudier la nature juridique de l'*instrumentum*, les principes juridiques qui régissent ses effets.

N° 1. — *Principes juridiques qui régissent les effets des actes instrumentaires.*

117. — Que l'acte instrumentaire soit un fait juridique, nul ne le contestera ; c'est un fait de l'homme, un fait volontaire, entraînant par sa nature, directement et nécessairement, des conséquences juridiques. La définition généralement admise du fait juridique lui est donc applicable.

Mais quelle est la nature de ce fait juridique?

La preuve, envisagée sous le rapport des moyens employés pour opérer la conviction du juge, est directe ou indirecte. « La preuve directe est celle qui tend à établir le fait contesté entre les parties à l'aide de moyens de conviction empruntés immédiatement à l'expérience et s'appliquant précisément à ce fait. La preuve indirecte au contraire est celle qui ne tend à établir le fait contesté qu'à l'aide d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits connus. Ces inductions constituent ce que l'on appelle des présomptions de fait ou de l'homme. (Aubry et Rau, t. VIII, p. 159). Nous admettons ces définitions de la preuve directe et indirecte, mais nous répudions la classification des moyens de preuve faite par ces auteurs. Nous ne pouvons considérer les actes écrits et les témoins, en tant qu'ils servent à établir l'existence d'une convention, comme des preuves directes.

118. — D'après la définition d'Aubry et Rau, il y a preuve directe quand les témoins déposent d'un fait qu'ils ont perçu par leurs propres sens, si c'est ce fait-là même qu'il s'agit de prouver. Mais quand il s'agit de prouver l'existence d'une convention, que nous apportent les témoins ? des déclarations des parties, des faits qui peuvent faire supposer l'existence d'une convention. Ces indices sont-ils la convention elle-même ? Assurément non ! Ce ne sont que des apparences de convention et c'est sur ces apparences que portent les témoignages : on ne peut donc pas dire que la preuve par témoins en tant qu'elle s'applique à un acte juridique formé *consensu* est un moyen de preuve directe.

Il en est de même des écrits probatoires : ils ne contiennent en effet que des déclarations des parties, peut-être plus sérieuses, plus précises, certainement plus fidèlement conservées que par la mémoire des témoins, mais qui ne sont que des indices, que des apparences de convention.

119. — La confusion est souvent faite entre les déclarations écrites et l'acte juridique formé *consensu* par les parties. Ainsi Pothier au *Traité des obligations*, n° 704. nous dit que les actes authentiques et sous seing privé prouvent « *rem ipsam* », c'est-à-dire que la convention qu'ils renferment est intervenue. Demolombe : « L'acte sous seing privé prouve à l'égal de l'acte authentique soit entre les parties, leurs héritiers et ayants cause, soit même à l'égard des tiers, la réalité et la sincérité de la convention ou du fait juridique quelconque... (Demolombe, *loc. cit.*, t. VI, p. 323). Toullier quoiqu'il ait souvent recommandé d'éviter la confusion de l'écrit et de l'acte juridique constaté, dit que l'écrit fait foi de la convention « parce qu'elle est un fait qui se passe en présence du notaire et des témoins ». (Toullier, *loc. cit.*, p. 144). Mais cela revient à dire que dans notre Droit l'acte juridique relaté dans un acte sous seing privé se forme « *litteris* », et quand les déclarations sont écrites par un officier public sous la dictée des parties qu'il se forme « *verbis* », puisque, d'après ces auteurs, les déclarations écrites ou orales constituent l'acte juridique et non pas seulement son expression.

Dirons-nous alors que l'écrit et les témoins en tant qu'ils servent à prouver une convention sont des moyens de preuve indirecte, que par suite d'une induction le législateur a conclu de l'existence de déclarations exprimant un acte juridique à l'existence de l'acte juridique exprimé, que les effets probatoires de l'écrit résultent d'une présomption de vérité établie par la loi ? Tel est en effet le sens de la définition que nous avons admise de la preuve indirecte.

120. — Pourquoi un acte authentique ou un acte sous seing privé reconnu prouve-t-il, au moins provisoirement, que l'acte juridique qu'il énonce existe réellement ?

Bonnier est peut-être le seul qui ait donné une réponse un peu développée à cette question. D'après cet auteur, l'effet probatoire résulterait d'une induction. Une foule de faits nous dit-il ne nous sont attestés que par la déclaration de nos semblables, et comme nous avons souvent reconnu par expérience que le témoignage de l'homme en telle occasion avait été conforme à la vérité, nous sommes portés à croire qu'il est également véridique dans d'autres occasions. « L'espèce d'induction qui joue le plus grand rôle en jurisprudence, c'est celle qui repose sur la plus importante des lois de la nature morale, c'est-à-dire sur la foi au témoignage de l'homme. Ici nous entendons par témoignage, non pas seulement la déposition verbale des témoins proprement dits, ou de tiers sur les faits litigieux, mais toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés ... Une fois le principe de la fois au témoignage admis, l'induction qui nous conduit de l'écrit à la convention est une opération si simple qu'elle passe presque inaperçue. » (Bonnier, *Traité des preuves*, p. 15 et 17.)

Il faut laisser l'induction aux sciences expérimentales, reconnaître que la cause des effets de l'écrit probatoire, au moins *inter partes*, ne peut être une présomption légale, que l'écrit ne doit pas être considéré comme une preuve même indirecte. Un savant constate que le phénomène A est lié à la présence du phénomène B, que la suppression de B fait disparaître A, que toute variation

de A est suivie et accompagnée d'une variation corrélative de B, de là il conclut que toujours le phénomène B déterminera le phénomène A, parce que tout phénomène suppose une cause, et que les mêmes causes déterminent les mêmes effets. Tel est le raisonnement inductif, mais nous ne voyons pas comment on pourrait l'appliquer à notre matière. Peut-on dire que tous les actes juridiques ont amené la rédaction d'un écrit et que tous les écrits sont la suite des actes juridiques qu'ils expriment ? Bien des actes juridiques se passent d'écrit, beaucoup d'écrits sont rédigés sans qu'il existe d'acte juridique correspondant. Il n'y a donc pas même simple concordance entre l'écrit et l'acte juridique. D'autre part, n'est-ce pas abuser des mots que de dire que l'effet de l'écrit est une conséquence de la foi au témoignage de l'homme? La déclaration d'une personne exprimant l'acte juridique qu'elle a voulu accomplir, est-elle un témoignage? « *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur* » disaient les Romains. (10 D. *De testibus*).

121. — La foi au témoignage repose sur les garanties de sincérité que fournit celui qui témoigne. Quelles garanties de sincérité fournissent les parties contractantes, quand elles déclarent que telle convention a été formée par elles ? Nous ne pouvons en découvrir aucune : elles ont formé l'acte juridique qu'elles ont voulu, et elles ont déclaré à l'officier public, ou constaté par écrit, ce qu'elles ont voulu.

Si, comme en droit romain, la partie à qui on oppose l'écrit pouvait par tous moyens établir que l'écrit est mensonger, de cette facilité même de la preuve contraire naîtrait une garantie de sincérité. Celui qui exige un écrit, comme preuve du droit qu'il a acquis, veut se ménager une preuve de ce droit qui lui permette d'arriver facilement à un jugement si le débiteur se refuse à exécuter volontairement. Cette facilité d'exécution est un avantage trop précieux pour qu'on s'expose volontiers à le perdre. Or, il suffirait que par témoins ou par présomptions le débiteur arrivât à établir que l'écrit est simulé, pour que les effets de cet écrit fussent anéantis, et que la charge de la preuve retombât sur le créancier.

Mais dans notre droit il n'en est pas ainsi : on répond au débiteur qui prétend que l'écrit qu'on lui oppose est simulé : « Faites-nous la preuve de cette simulation par une contre-lettre. » Donc, d'une part, l'écrit dit probatoire n'offre aucune garantie de sincérité, d'autre part, ses effets dépendent de la volonté de ceux qui l'ont rédigé, puisqu'ils peuvent toujours le contredire par une contre-lettre. Dans ces conditions, nous ne pouvons admettre que la cause des effets des actes écrits soit une présomption de vérité. La volonté des parties contractantes joue un trop grand rôle dans la rédaction de l'écrit, influe trop sur ses effets, pour qu'il puisse être question de vérité même présumée. On exige de celui qui contredit un écrit la présentation d'une contre-lettre, n'est-ce pas lui dire : « Nous voulons que vous établissiez, qu'après avoir d'un commun accord rédigé un écrit, vous avez voulu également que cet écrit ne fût pas considéré comme exprimant vos rapports juridiques. » Si on prétend qu'il est injuste de donner effet à un écrit accusé d'être mensonger, le juge répond : « Vous avez voulu qu'il en soit ainsi. » Dans cette question on est donc toujours ramené à la volonté des parties contractantes, c'est à elle que nous demanderons la raison des effets des écrits dits probatoires.

122. — Examinons ce qui se passe lorsque les parties contractantes constatent par écrit l'acte juridique qu'elles ont formé.

La convention est parfaite du moment où les volontés des parties sont tombées d'accord : une obligation est née, une dette a été éteinte, un transfert de propriété a eu lieu. Dès lors un acte juridique existe, et existe pour tous. Ce sont seulement les effets de cet acte qui sont renfermés dans les limites de la volonté de chacune des parties : on ne peut en effet obliger que soi-même et disposer que de ses droits (art. 1165 C. civ.) Paul a vendu sa maison à Pierre pour 10.000 francs : *erga omnes* Paul a cessé d'être propriétaire et Pierre l'est devenu ; *erga omnes* Paul est devenu créancier, Pierre débiteur du prix. Mais si un contrat de vente existe, il n'existe qu'intellectuellement : si Paul refuse d'exécuter comment Pierre établira-t-il qu'il est devenu pro-

priétaire ? Il pourra amener des témoins qui ont entendu ou vu Paul dire certaines paroles, faire certains actes qui peuvent faire supposer que les parties ont été d'accord pour la vente de la maison. C'est ainsi qu'avant l'ordonnance de Moulins les contractants établissaient leurs conventions. N'oublions pas que ces déclarations peuvent être contemporaines ou postérieures à la formation de l'acte juridique : elles peuvent donc n'exprimer que très-imparfaitement la volonté des parties. Il n'est pas certain qu'elles aient été bien comprises et qu'elles soient rapportées exactement par les témoins. Que ne faut-il pas craindre de la mauvaise foi et de la cupidité ! Pour gagner son procès, chaque partie amènera le plus grand nombre possible de témoins, de là des longueurs, des frais énormes.

123. — Ne peut-on pas, en prévision de tous ces inconvénients, se mettre d'accord au moment de la formation de l'acte juridique, alors que la bonne harmonie règne, sur un certain nombre de déclarations, les conserver par un moyen quelconque, pour les présenter au juge au jour du procès ? C'est là l'objet des actes authentiques et sous seing privé. Les parties reconnaissent que telles déclarations expriment bien les rapports juridiques qui sont nés entre elles à la suite de l'acte qui a été formé *consensu*, et elles les dictent à un notaire ou les écrivent elles-mêmes en faisant suivre l'écriture de leur signature ou d'un autre signe permettant de reconnaître l'origine de l'écrit. Si un procès s'élève, Pierre qui prétend être devenu propriétaire présentera l'écrit au juge. Une fois qu'il aura été reconnu que cet écrit, qui constate qu'il y a eu vente, émane de Paul, le juge pourra reconnaître que Pierre est devenu propriétaire et condamner Paul à délivrer. Pourquoi ? — Parce que l'écrit prouve qu'il y a eu vente ? Nullement. L'acte authentique prouve que telles déclarations ont été faites devant l'officier public ; l'acte sous seing privé a, en réalité, identiquement les mêmes effets, puisqu'il n'existe qu'après avoir été reconnu, lorsque les déclarations qu'il contient ont été renouvelées devant le juge.

Donc si le jugement déclare qu'une vente a eu lieu entre Paul

et Pierre, ce n'est pas parce que les déclarations des parties prouvent la vente, mais parce qu'il résulte de ces déclarations, faites d'un commun accord, que Paul et Pierre ont voulu que le jugement réglât leurs rapports litigieux comme s'il y avait eu vente. Autrement dit, il y a là une convention, adéquate à ce qu'exprime l'écrit, par laquelle Paul s'est obligé à considérer en justice Pierre comme étant acheteur d'une maison, et Pierre à considérer Paul comme créancier d'un prix de vente.

124. — Dans cette analyse de la nature juridique des actes sous seing privé, nous ne distinguons pas l'acte authentique de l'acte sous seing privé : c'est l'*instrumentum* que nous étudions.

L'acte authentique est la constatation par écrit, faite par un notaire, des déclarations des parties contractantes, et des circonstances qui ont accompagné ces déclarations. Si l'on remarque que l'acte sous seing privé ne produit ses effets que du moment où il a été reconnu ou tenu pour reconnu, on verra que cette définition de l'acte authentique est rigoureusement applicable à l'acte sous seing privé. La reconnaissance, en effet, implique répétition devant le juge des déclarations contenues dans l'écrit : on peut donc dire que les déclarations sont reçues et constatées par un officier public, même quand l'écrit est sous seing privé. Ainsi, c'est en apparence seulement que l'acte sous seing privé diffère de l'acte authentique. Mais, nous dira-t-on, l'acte juridique constaté dans un acte sous seing privé est considéré comme ayant existé non pas du jour de la reconnaissance, mais du jour indiqué par la date de l'écrit comme étant celui où il a été formé. Nous répondrons : il n'en est pas moins certain que les déclarations des parties contenues dans un acte sous seing privé n'ont d'existence légale que du jour où la signature a été reconnue. Si ces déclarations ont effet rétroactivement, c'est que l'une d'elles indique l'époque à partir de laquelle les parties entendent que l'acte juridique soit considéré comme ayant existé.

On peut même tirer de là un argument de plus pour faire admettre que les effets des actes écrits résultent d'une convention, et non d'une présomption de vérité. Comment justifier autrement

que les déclarations des parties, qui pour la loi n'existent que du jour de la reconnaissance, soient considérées comme ayant existé antérieurement à cette reconnaissance ?

125. — Mais la partie à qui on oppose l'écrit qu'elle a signé ne pourra-t-elle pas dire : « Sans doute je suis obligé, j'ai voulu que nos rapports juridiques fussent considérés tels que les exprime l'écrit, mais je prétends pouvoir démontrer, par tous les moyens, que cet écrit est mensonger. » A cela rien à répondre, si le jugement doit être, dans la limite du possible, la constatation de la vérité. Le juge doit alors s'abstenir de juger tant que sa conviction n'est pas formée, et toute convention ayant pour objet de restreindre la liberté en matière de preuve est illicite et inexistante.

On nous dira, l'art. 1341 est là pour arrêter le débiteur dans sa prétention de faire la preuve contraire par témoins. Mais il faut bien comprendre les conséquences de cette prohibition de la preuve testimoniale. Il en résulte en effet que la loi ne considère pas le jugement comme étant dans la limite du possible l'expression de la vérité, que la convention par laquelle deux personnes s'obligent à considérer comme vrai ce qu'exprime un écrit n'est pas illicite, et oblige ceux qui l'ont formée.

126. — Les auteurs admettent généralement que la simulation est licite. Certains justifient la proscription de la preuve par témoins contre un écrit mensonger en montrant le rôle qu'a joué le souscripteur dans sa rédaction. « ... La loi n'attache aujourd'hui, en thèse générale, aucune forme précise à la manifestation de la volonté des parties. Il faut, mais il suffit, qu'elles aient consenti, et l'on doit rechercher non pas comment elles ont exprimé leur consentement, mais sur quoi il porte. » (Fourcade, *loc. cit.*, p. 19.) « Un contrat de mariage porte que la dot de la future est de 60,000 francs et que cette somme a été comptée et remise au futur en présence du notaire. Le mariage n'a point lieu. Action en répétition de la dot. Le défendeur répond que l'apport était simulé. Sera-t-il admis à la preuve par témoins de la simulation ? Non, puisqu'il pouvait se procurer une contre-

lettre. Vainement objecterait-il qu'il y a dol et fraude, de la part de la demanderesse, à réclamer la restitution d'une dot qu'elle n'a pas apportée.... c'est en connaissance de cause que le futur a reconnu avoir reçu une dot qui réellement ne lui a pas été payée. » (Laurent, t. XIX, p. 613.)

127. — Ce qui, pour Laurent, est la justification de la prohibition de la preuve testimoniale contre un écrit que l'on a signé, est pour nous la cause de cette prohibition : Les parties ne peuvent faire entendre de témoins, parce qu'elles se sont engagées à n'en pas faire entendre. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mensonge ne constitue pas une fraude à la loi, car alors toute renonciation à faire entendre des témoins serait illicite et inexistante comme ayant pour but d'entraver la preuve de cette fraude. Le juge doit donc pouvoir répondre à la partie qui demande à prouver par témoins le caractère mensonger de l'écrit qu'elle a signé : « Que nous importe ? Il résulte d'un écrit dont vous êtes l'auteur, que vous voulez être considéré comme vendeur d'une maison et que vous renoncez à établir le contraire par témoins : nous ne faisons que nous conformer à votre volonté, en calquant notre jugement sur l'écrit que vous avez signé. »

128. — Nous avons pris deux personnes qui, après un contrat de vente, ne voulant pas être obligées de recourir à la preuve par témoins, en cas de litige, ont rédigé, d'un commun accord, un écrit exprimant leurs rapports juridiques. Nous venons de voir que, pour que cette convention soit obligatoire, il faut que le mensonge dans la rédaction d'un écrit ne constitue pas une fraude à la loi. L'admission par le législateur du principe « *lettres passent témoins* », et la prohibition de la preuve testimoniale, ne sont-elles donc au fond que la reconnaissance du caractère licite de la simulation ?

La volonté des parties peut défaire ce qu'elle a fait : le signataire de l'écrit pourra dire : « Sans doute nous avons été d'accord pour considérer ces déclarations comme exprimant nos rapports juridiques : mais un nouvel accord portant sur d'autres déclarations est intervenu. Une convention résolue n'a plus d'effet. Le

signataire de l'écrit demandera à prouver par témoins ces nouvelles déclarations.

La volonté des parties contractantes ne peut donc, à elle seule, arriver à écarter la preuve testimoniale et les inconvénients qu'elle entraîne : l'intervention du législateur était nécessaire : Nous verrons tout à l'heure qu'il a fait de l'accord des parties sur les déclarations qui doivent exprimer leurs rapports juridiques, un acte solennel.

129. — Nous voulons d'abord répondre à l'objection qui nous sera faite, que les art. 1317 et s. qui règlent la matière de la preuve littérale dans notre droit, n'expriment rien qui ressemble aux idées que nous venons d'exposer sur la nature juridique de l'écrit probatoire.

Nous répondons : ces articles ne disent rien qui soit contraire à notre théorie. Nous verrons que tous les effets des actes écrits que l'on fait résulter d'une présomption légale de vérité peuvent s'expliquer aussi facilement par l'existence d'une convention.

Ce n'est pas dans la loi positive qu'il faut aller chercher les principes. Le législateur, interprète souvent aveugle de besoins qui entraînent sa volonté, pose des règles et rien de plus. Il n'est pas tenu, et souvent il lui serait impossible, d'indiquer par quels principes ces règles sont dominées. C'est le rôle de l'interprète de les rechercher, de les mettre en lumière, et de déterminer ainsi les limites d'application du droit positif.

130. — Le législateur laisse cependant quelquefois apercevoir les principes qu'il applique. En dous donnant dans l'art. 1356 les règles qui régissent l'aveu judiciaire, les rédacteurs du Code ont reconnu, peut-être inconsciemment, la nature conventionnelle des effets accordés aux déclarations des parties, quand elles sont admises comme moyens de preuve. Il nous sera facile de montrer que l'aveu ne contient, comme l'acte écrit, qu'une ou plusieurs déclarations faites par l'un des plaideurs à l'autre ; que ces déclarations qui constituent une offre n'ont effet que quand elles ont été acceptées ; que ce que l'art. 1356 appelle pleine foi,

est l'effet naturel d'une convention qui a eu pour objet de mettre fin au procès.

131. — Il ne faut pas confondre l'aveu et la preuve littérale, dit Demante : il y a preuve littérale quand il y a reconnaissance consignée dans un acte dressé exprès ; l'aveu est « la reconnaissance qui a pu échapper à l'une des parties. » (Colm. de Santerre, *loc. cit.*, p. 622). Si l'aveu est une déclaration qui a échappé, le législateur a eu tort de lui donner des effets aussi étendus. La plupart des auteurs considèrent au contraire l'aveu judiciaire comme un acte éclairé et libre de la volonté. Nous nous en tiendrons à la définition donnée par MM. Aubry et Rau : « L'aveu est une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il résulte de cette définition que toutes espèces de déclarations faites par une personne relativement à ses affaires, ne constituent point des aveux, et qu'on ne doit considérer comme tels que les déclarations faites d'une manière sérieuse, et avec la pensée que celui au profit duquel elles ont lieu, se trouvera en les invoquant dispensé de prouver les faits qui en forment l'objet. » (Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VIII, p. 167). Y a-t-il un seul mot à changer pour pouvoir appliquer cette définition et les explications qui la suivent à l'acte notarié et à l'acte sous seing privé ? ne contiennent-ils pas eux aussi des déclarations sérieuses ? celui qui peut présenter un acte écrit au juge n'est-il pas dispensé de prouver les faits qui sont mentionnés dans cet écrit ? Aussi le législateur a reconnu que l'aveu et l'acte écrit ont les mêmes effets : L'acte authentique fait pleine foi, dit l'art. 1319 ; l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, dit l'art. 1356. Sans doute les circonstances ne sont pas les mêmes dans les deux cas : l'aveu est fait dans le sanctuaire de la justice, l'acte écrit dans une étude de notaire : mais il n'y a de différence que quant aux solennités extérieures. Quand il y a aveu judiciaire, les déclarations sont faites devant un juge, et quand il y a acte écrit les déclarations sont faites devant un notaire ; or, le notaire

et le juge sont officiers publics. S'il s'agit d'un acte sous seing privé, nous avons vu que les déclarations contenues dans un tel acte n'ont effet que quand elles ont été réiterées devant le juge par la reconnaissance. Lorsqu'un aveu est fait en justice, le juge joue le rôle d'un notaire, il rédige les déclarations qui sont faites devant lui, il en dresse un acte authentique qui a la même vertu, la même force exécutoire qu'un acte notarié.

Il faut se garder, en effet, de confondre le juge donnant acte d'une déclaration, et le juge prononçant une sentence en s'appuyant sur cette déclaration. Dans le premier cas, simple notaire, il se borne à rédiger un acte, il ne juge pas, car il ne décide rien, ne veut rien, n'ordonne rien. Dans le second cas, il joue un rôle actif : le jugement, œuvre de sa pensée, contient l'interprétation de cette déclaration qui a été faite devant lui, son annulation ou sa confirmation, les ordres qu'il donne en conséquence à chacune des parties.

132. — Etablissons maintenant que l'aveu judiciaire suit dans ses effets les règles des conventions et que les dispositions de l'art. 1356 ne sont que des applications de ces règles.

C'est sur la question : L'acceptation est-elle nécessaire pour que l'aveu ne puisse plus être rétracté ? que l'idée de la nature conventionnelle de l'aveu judiciaire a été étudiée et discutée par les auteurs. Cependant, la nécessité de l'acceptation démontrée, il n'en résulte pas que l'aveu soit une convention dans le sens où nous l'entendons. Sans doute, s'il faut que l'acceptation intervienne pour que la rétractation de l'aveu ne puisse plus avoir lieu, on admet par cela même que la déclaration de l'avouant est une offre, d'où résulte obligation unilatérale pour celui qui l'a faite, quand l'acceptation a eu lieu. Primus actionne Secundus en exécution de la vente d'une maison pour le prix de 20,000 francs ; Secundus avoue avoir vendu, mais pour 25,000. Primus accepte cette déclaration ; Secundus est obligé de se laisser considérer comme vendeur pour 25.000, il est lié dans cettte limite. Quant à Primus, il est créancier de cette obligation ; Secundus s'est obligé, mais lui est resté libre de tout engagement, il s'en tient toujours à sa demande

d'être déclaré acheteur pour 20,000 francs. Nous n'avons donc pas encore une convention synallagmatique réglant la situation litigieuse actuelle des deux parties, comme un acte authentique ou sous seing privé règle, ainsi que nous l'avons vu, la situation litigieuse éventuelle.

Cependant Aubry et Rau nous disent, en parlant de la théorie qui admet la nécessité de l'acceptation : « Cette manière de voir nous paraît dénuée de tout fondement. L'aveu est essentiellement un acte unilatéral, qui tire toute son efficacité de la présomption de vérité attachée à une déclaration, par cela même et par cela seul qu'elle est susceptible d'entraîner des conséquences désavantageuses à celui qui l'a faite ; et, l'on ne comprend pas quelle force l'acceptation de l'aveu pourrait ajouter à cette présomption. Vainement se prévaut-on de l'art. 1211 du Code civil et de l'art. 403 du Code de procédure..... » C'est donner à l'acceptation plus de conséquences qu'elle n'en peut avoir. De ce que l'aveu est accepté, il en résulte une obligation unilatérale limitée aux offres que contient l'aveu, mais il n'y a ni renonciation, ni désistement, le litige existe toujours.

133. — Ce qui a trompé les auteurs à peu près unanimes pour repousser l'acception, c'est l'idée fausse qu'ils s'en sont faite. Il semble que pour eux elle devrait toujours être expresse. « Il est bien entendu, nous dit Bonnier, que tout ce qui est exigé, c'est un concours de volonté ; ainsi l'acceptation peut précéder l'aveu aussi bien que le suivre, ce qui arrivera fréquemment lorsqu'il y aura comparution personnelle et que l'une des parties pressera l'autre de s'expliquer sur un point contesté. » (Bonnier, *loc. cit.*, p. 314, n. 1.) Qui pourrait nier, en effet, que le fait de demander que son adversaire soit interrogé ou d'indiquer la question à poser n'implique pas l'intention de le considérer comme lié par ces déclarations ? Mais celui qui réclame l'interrogatoire ne s'oblige pas, il ne renonce pas aux prétentions qu'il a formulées dans sa demande : il accepte avant ou après qu'elles soient formulées les offres qui seront faites, quitte à ne pas s'en prévaloir.

134. — En confondant la simple acceptation de l'offre con-

tenue dans la déclaration, n'obligeant pas celui qui l'a faite, et la volonté de celui au profit de qui l'aveu est fait, de régler le litige conformément à cet aveu, Larombière a pu dire : « La rétractation de l'aveu tendrait ainsi à la suppression d'une preuve qu'on est toujours à temps d'invoquer à quelque moment que ce soit, lorsqu'on entend s'en prévaloir. » (Larombière, *Traité des Obligations*, art. 1356, n° 30.) Ce n'est pas jusqu'à ce qu'il y ait eu acceptation, dans le sens de renonciation à la demande, et de déclaration de vouloir régler le différend conformément à l'aveu, que l'avouant peut rétracter, c'est seulement jusqu'au moment où l'offre contenue dans la déclaration peut être considérée comme acceptée expressément ou tacitement : or, nous avons vu que de la participation seule à l'interrogatoire résulte acceptation des offres qui y sont faites.

135. — Laurent objecte à la nécessité de l'acceptation : « Il faut le concours des consentements quand il y a une convention, et pour qu'il y ait une convention, il faut une offre et une acceptation d'où résultent une obligation et un droit. Or, l'aveu n'engendre ni droit ni obligation en ce sens que celui qui avoue un fait déclare seulement l'existence de ce fait : Je reconnais que je dois : est-ce que cet aveu produit une dette à ma charge ? Non ; l'aveu suppose qu'il y a dette, mais ce n'est pas l'aveu qui crée la dette. Dès lors, on ne voit pas pourquoi le créancier devrait intervenir pour accepter l'aveu. Il a donné son consentement, puisqu'il y a dette ; il est inutile qu'il le renouvelle. » (Laurent, t. XX, p. 197.) Mais qui pourrait soutenir que l'acceptation est nécessaire pour que l'avouant ne puisse plus rétracter, parce que, à ce moment, la convention qui a donné lieu au litige se forme de nouveau ? Est-ce que le concours du créancier et du débiteur n'est pas nécessaire pour dresser un acte authentique ou sous seing privé ? et cependant la dette que de tels actes supposent ne se forme pas au moment où ils sont rédigés.

136. — Tous les auteurs, et en particulier Larombière et Laurent, repoussent la nécessité de l'acceptation en affirmant qu'elle est inutile : « Vous prétendez, disent-ils, que l'acceptation est la

condition nécessaire de l'irrévocabilité de l'aveu, mais l'aveu est irrévocable par lui-même, car par lui-même il confère un droit contre l'avouant : l'acceptation est donc inutile. Si l'acceptation est inutile, pourquoi mettre cette condition à l'irrévocabilité de l'aveu ? C'est permettre à l'avouant de revenir sur ce qu'il a dit quand logiquement il ne le peut plus...

Une déclaration a été faite, il faut qu'immédiatement il y ait droit acquis pour celui au profit duquel la déclaration a été faite. Il faut que l'adversaire soit maître de cette déclaration, pour que, au moment où il voudra s'en prévaloir, l'avouant ne puisse pas la reprendre.

Montrons que l'aveu ne peut à lui seul produire cet effet, qu'il faut que quelque chose s'y ajoute et le complète, que la volonté de celui au profit duquel l'aveu est fait doit intervenir.

137. — Exposons d'abord l'opinion qui admet que l'aveu est irrévocable par lui-même.

« L'aveu est essentiellement un acte unilatéral qui tire toute son efficacité de la présomption de vérité attachée à une déclaration, par cela même et par cela seul qu'elle est susceptible d'entraîner des conséquences désavantageuses à celui qui la fait. » (Aub. et Rau, t. VIII, p. 173, n° 19). « S'il se borne à la simple confession d'un fait, s'il est invoqué seulement comme faisant foi de la réalité de ce fait, l'acceptation est inutile pour empêcher sa rétractation. Il ne s'agit, en effet, que d'une preuve ; or, l'acceptation de l'adversaire ne saurait rien ajouter à l'efficacité de l'aveu considéré sous le rapport de la force probante..... Conçoit-on une preuve qui n'existerait qu'à la condition d'être préalablement acceptée ? » (Larombière, *loc. cit.*, art. 1356, n° 30). « Dans notre opinion, l'aveu est irrévocable dès l'instant où il a été fait..... Je déclare que j'ai reçu le paiement d'une dette ; c'est la constatation d'un fait. Quelle force l'acceptation du créancier ajoutera-t-elle à cette reconnaissance ? On ne voit pas même ce qu'il accepterait (Laurent, t. XX, p. 198.)

138. — Ainsi donc, l'aveu est immédiatement irrévocable, parce que, par lui-même, il produit un effet probant. Il y a ainsi

fait acquis pour l'adversaire de l'avouant, sans que son acceptation ait à intervenir. Mais il faudrait démontrer que l'aveu constitue une preuve. On dit, l'aveu prouve la réalité du fait déclaré, parce que l'aveu est contraire à l'intérêt de celui qui le fait. Nous répondrons une déclaration désavantageuse peut cacher une réalité plus désavantageuse. Il est vrai qu'on se place dans l'hypothèse d'un aveu pur et simple. Dans ce cas, sans doute, il y a des chances pour que l'aveu soit l'expression de la vérité. Mais les déclarations qui diffèrent de la demande sont aussi des aveux. « Il semble, au premier aspect, que l'aveu judiciaire devait demeurer circonscrit à la confession d'un fait intrinsèque au procès, tandis que en réalité et considéré (selon la définition de la loi elle-même) comme une déclaration dont le procès est l'occasion, mais non la limite, mais non le cercle, il a un domaine presque aussi vaste que l'est le champ des conventions elles-mêmes. » (Gossin, *Dissert. au Sirey*, 1833, 2, 138). Primus prétend être acheteur pour 20,000 francs d'une maison, Secundus vendeur pour 25,000. Peut-on prétendre que par le seul fait de la déclaration de Secundus, un effet probatoire s'est produit, parce que cette déclaration lui est désavantageuse ? Mais il peut être très avantageux d'être vendeur d'une maison pour le prix de 25,000 francs. Si donc on se place dans l'hypothèse d'un aveu qualifié, on comprend que les déclarations qui constituent un aveu ne prouvent rien. S'il y a droit acquis au profit de l'adversaire, si l'avouant ne peut retirer ses déclarations sans le consentement de celui au profit duquel elles ont été faites, ce n'est pas parce que ces déclarations ont produit un effet probatoire.

Les anciens auteurs et la jurisprudence nous disent ce qui rend l'aveu irrévocable : c'est l'acceptation. Mais alors l'aveu est une offre qui est irrévocable quand elle a été acceptée expressément ou tacitement, car dès lors il y a obligation de s'en tenir à ses déclarations, à la charge de l'avouant.

139. — Nous n'avons pas encore complètement démontré que l'aveu n'est pas une preuve, mais une convention synallagmatique terminant d'un commun accord le procès engagé : en décla-

rant l'aveu indivisible, le législateur a par cela même reconnu la nature conventionnelle des effets de l'aveu.

Si l'aveu est adéquat à la demande, faut-il dire que l'aveu, faisant pleine foi, le demandeur a prouvé l'existence du droit qu'il réclamait ? Nous voyons simplement deux plaideurs d'accord, un procès terminé.

Quand l'aveu est qualifié, du moment où il a été accepté, une obligation existe à la charge de celui qui l'a fait. Mais il n'y a rien de plus : celui qui accepte une offre oblige l'offrant, mais ne s'oblige pas lui-même, et rien ne permet de présumer que celui à qui la déclaration a été faite entend s'en prévaloir, et terminer le procès en la prenant pour base d'un accord. L'acceptation de l'aveu n'implique rien de semblable.

140. — La situation est celle-ci : Une des parties est obligée par l'aveu qu'elle a fait, l'autre maintient ses prétentions. Le différend n'a pas fait un pas vers sa conclusion. Pourquoi en est-il ainsi ? Écoutons l'explication des auteurs qui prétendent que l'aveu fait pleine foi par lui-même : « Alors qu'on réclame l'exécution d'un engagement ou qu'on propose une exception, et qu'on ne peut invoquer d'autre preuve de sa demande ou de son exception que l'aveu de son adversaire, si les déclarations de ce dernier ne contiennent pas une reconnaissance conforme à l'allégation du fait, tel qu'il est articulé et tel qu'il doit être établi pour que la demande ou l'exception soit justifiée, on n'a pas satisfait à l'obligation de la preuve. L'aveu même, dont on prétend se prévaloir, bien loin de contenir la reconnaissance du fait, n'en constitue au contraire que la dénégation. Car c'est le dénier réellement que de ne le reconnaître qu'avec des modifications et des changements qui en dénaturent le caractère et les conséquences juridiques. Il ne résulte donc aucune preuve de l'aveu, ou plutôt s'il est capable de produire une preuve quelconque, il ne la fournit que dans les termes mêmes où il a été fait, et il fait foi seulement dans la mesure que l'avouant juge à propos d'assigner à sa déclaration en produisant contre lui-même une preuve indivisible dans ses diverses constatations. » (Larombière, *loc. cit.*, art. 1356, n° 15.)

« L'indivisibilité de l'aveu est, lorsqu'il s'agit d'un aveu qualifié, fondée sur la nature même des choses..... par cela seul que l'une des parties n'avoue pas le fait allégué par l'autre, tel que celle-ci est tenue de le prouver pour justifier sa demande, cette dernière ne peut puiser dans cet aveu aucun motif qui la dispense de la charge de la preuve. » (Aubry et Rau, t. VIII, p. 175, n° 26.)

Enfin, cette déclaration qui prouvait, ne pourra avoir aucun effet si celui au profit de qui elle est faite ne le veut pas. Conçoit-on, dirons-nous à notre tour, un moyen de preuve qui pour exister a besoin d'être préalablement accepté ? Il faudra plus qu'une acceptation, il faudra que le demandeur se désiste de ses prétentions primitives. Enfin, l'aveu ne prouvera que quand les deux parties auront réglé leur contestation à l'amiable, quand le procès n'existera plus.

Mais l'art. 1350 : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes où à certains faits : tels sont... 4°. La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. » Je répondrai que le législateur s'est avant tout occupé du résultat : or, l'aveu, que l'on fasse découler ses effets d'une présomption légale de vérité ou d'une convention, pratiquement ils sont les mêmes : il permet dans les deux théories d'arriver à la solution du litige. D'ailleurs, nous ne laissons pas l'art. 1350 du C. civ. sans application : il nous sera utile quand il nous faudra expliquer les effets à l'égard des tiers de cette convention contenue dans l'aveu et dans les actes écrits.

141. — Pour ajouter un nouvel argument à l'appui de l'interprétation que nous donnons de l'art. 1350, nous dirons qu'il donne la solution d'un certain nombre de difficultés, qu'avec l'idée de présomption légale on ne parvient qu'avec peine à résoudre. Nous savons pourquoi on ne doit considérer comme aveux judiciaires que les aveux qui ont eu lieu pendant l'instance dans le cours de laquelle ils sont invoqués. Nous savons pourquoi l'aveu extra-judiciaire ne disparaît pas quand il est répété en justice : par suite de l'aveu extra-judiciaire, un droit acquis est né, celui de faire entendre des témoins par exemple, ce droit ne

peut être anéanti par la volonté seule de l'obligé. Nous connaissons aussi, d'une façon très précise, les règles de la capacité en matière d'aveu et les effets d'un aveu fait par un incapable : il suffit de se reporter aux art. 1123 et s. du C. civ.

142. — Nous croyons avoir rendu vraisemblable, par cette courte étude de l'aveu judiciaire, notre opinion que l'acte écrit constitue une convention par laquelle les parties règlent leurs rapports litigieux éventuels. Mais comment expliquer que les jurisconsultes anciens et modernes aient pu considérer l'écrit et l'aveu comme des moyens de preuve ?

Notre théorie, remarquons-le, ne s'applique qu'en tant qu'il s'agit des déclarations des parties. Nous sommes partis de ce point, en effet, que ces déclarations n'offrant aucune garantie certaine de sincérité on ne pouvait leur accorder un effet probatoire. Mais l'acte authentique contient non seulement les déclarations des parties mais encore les déclarations de l'officier public sur la présence réelle des parties, sur la date, sur ce qui s'est passé devant lui. Ces déclarations, témoignage écrit d'un témoin particulièrement digne de foi, constituent une véritable preuve.

143. — L'écrit peut jouer deux rôles bien différents : il peut n'être que la constatation de la convention qu'il exprime, alors on le considère comme une simple preuve, il peut aussi être une condition d'existence légale de cette convention.

Nous n'avons pas en vue le cas où les parties ont subordonné leur consentement à la rédaction d'un écrit : elles ne veulent alors être obligées qu'à cette condition, tant qu'un écrit n'a pas été dressé, la convention existe, mais elle est conditionnelle. Dans ce cas, le demandeur, sauf les restrictions légales à la liberté de la preuve, pourra prouver le droit qu'il invoque, non seulement au moyen de l'écrit, mais encore par témoins. Mais il devra démontrer l'existence de la convention et la réalisation de la condition suspensive, la rédaction d'un écrit, de laquelle dépendent les effets de la convention.

Nous nous plaçons dans l'hypothèse d'un contrat formaliste, dans une législation où, pour qu'il y ait vente, par exemple, il

faut que l'acheteur ait exprimé son intention d'acheter, le vendeur son intention de vendre, par écrit. Alors l'écrit qui constate la vente ne permet pas de douter de l'existence de ce contrat : la déclaration écrite qu'on veut acheter rend acheteur, la déclaration écrite qu'on veut vendre rend vendeur. On ne conçoit même pas qu'il puisse être prouvé contre un tel écrit : que pourrait-on établir ? que les parties ont voulu autre chose que ce qu'exprime l'écrit ? cette preuve devrait être écartée comme inutile, s'il n'y a pas eu dol ou erreur : la nue-volonté des contractants ne peut avoir aucun effet. Un second écrit constatant que les parties ne veulent pas vendre et acheter serait un nouveau contrat *litteris* résolvant le premier, et non une contre-lettre.

144. — Si l'on va au fond des choses, en effet, l'écrit, élément formel du contrat, ne prouve pas véritablement ce contrat. Etant le contrat lui-même, il fait plus que le prouver. L'écrit est au contraire l'objet de la preuve, qui est la connaissance personnelle et directe qu'en a le juge, s'il est présenté, les témoins qui viennent affirmer son existence, s'il a été perdu.

Laissons de côté ces subtilités, ne voyons qu'une chose : lorsque l'écrit est nécessaire pour l'existence juridique d'une convention, il la prouve d'une manière certaine.

145. — Dans l'ancien Droit français, le consentement était incapable à lui seul de produire un effet juridique, de rendre la convention obligatoire de plein droit. Elle restait à l'état de simple projet, s'il ne s'y joignait une prestation ou si elle n'était accompagnée d'une forme déterminée confirmant et consacrant la volonté des parties. Les contrats étaient alors réels ou solennels, et les recueils de formules nous montrent que la rédaction d'un écrit constituait une de ces solennités. L'écrit par lequel on réalisait le contrat était la charte. La charte est l'écrit qui crée le droit qu'elle énonce, elle se distingue de la *notitia,* écrit simplement destiné à conserver le souvenir d'un fait dans l'avenir. Elle porte comme titre le nom du contrat qu'elle renferme : *donatio, commutatio, venditio*... et dans la plupart des cas la volonté de

celui qui s'oblige ou qui aliène est exprimée de la manière suivante : « Par cette charte je vous vends, je vous donne..., » on rencontre cette formule très significative « *spondeo per hoc vinculum cautionis.* » Enfin on ne peut douter du rôle que jouait la charte dans la formation des contrats lorsqu'on voit de nombreux textes mettre sur la même ligne la charte, les solennités empruntées aux coutumes germaniques, et l'exécution partielle ou totale d'une des prestations dans une convention synallagmatique. «..... *per hanc cartulam compositionis sive per festucam atque andelagum dono tibi* (Cart. de Rozière, n° 242) « ... *per ipso precio sive per hanc cartam vendicionis.... vendimus.* » (Cart. de Cluny, n° 100) (1).

Le contrat puisait donc sa force dans la charte elle-même : la convention restait inefficace jusqu'au jour où la charte était dressée à moins que les parties n'aient employé l'un des procédés formalistes en usage.

146. — A partir du XIII^e^ siècle, une révolution s'opère dans la théorie des contrats, le formalisme attaqué à la fois par l'Église et par les légistes disparut peu à peu. Beaumanoir dit au XIII^e^ siècle : « Sil avient que héritages soient vendus, et la vente créantée à tenir, et li venderes s'en repent, si que il veut que li marciés soit nus, il ne pot fere le marcié nul, si ce n'est par le volenté de l'acéteur ; ançois le pot li aceteres faire contraindre qu'il se dessaisisse comme de vente... » (Beaumanoir, XXXVII, 8). Au XV^e^ siècle, la révolution est accomplie et dans son commentaire « *de verborum obligationibus* », Dumoulin combat avec énergie, la distinction faite par les glossateurs, Jason, Bartole... entre les contrats purement consensuels et les contrats formalistes, notamment ceux qui résultent *verbis*. Il déclare absurde l'opinion de ceux qui nient la validité d'un pacte dans lequel le

---

(1) V. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien Droit français*, p. 20 et s... Stouff, *Etude sur la formation des contrats par l'écriture. Nouv. revue historique de Droit.* Ann. 1887, p. 275 et s...

consentement des parties est intervenu sans les formes régulières de la stipulation. Quand le consentement mutuel existe, dit-il, le pacte existe : « *Quia adest mutuus dissensus, et sic forma et substantia, ergo debet subsistere pactum.* »

147. — Nous avons vu que l'écrit, lorsqu'il est nécessaire pour que la convention qu'il énonce ait une existence légale, fournit une preuve certaine de cette convention. Mais comme il donne effet à cette convention qu'il prouve, on peut dire qu'à la fois il prouve et oblige. Si la convention a effet par la seule volonté des parties, si l'emploi d'une solennité est inutile pour sa perfection, l'effet obligatoire de l'écrit disparaît ; que reste-t-il de l'effet probatoire ? Remarquons que l'écrit n'exprime plus nécessairement la convention que les parties ont voulu faire ; la convention et l'écrit sont désormais deux faits juridiques distincts ; les parties ont pu vouloir former un contrat et en constater un autre par écrit. Tout lien nécessaire étant ainsi détruit entre la convention et l'écrit, la force probante de celui-ci, cela semble évident, doit être diminuée d'autant : pour nous l'écrit ne permet plus qu'une présomption très légère, aussi n'expliquons-nous pas ses effets par l'idée de preuve. Dumoulin, nous l'avons vu, n'hésite pas à admettre l'existence de la convention par le seul effet de la volonté des contractants : quels sont d'après lui les effets probatoires de l'écrit ?

148. — Dumoulin (*Traité des Fiefs*, tit. I, § 8, n° 8 et s.), à l'occasion du dénombrement, nous dit quelle est la force probante des actes authentiques : « *Aut queritur*, dit-il, *quod veritatem seu probationem rei gestæ sive actus et facti in eo contenti. Et plenam fidem facit quoad omnes, nedum inter patronum et clientem et eorum heredes, vel causam habentes sed etiam inter quoscunque extraneos : quoniam acta vel quæcunque scripta publica probant rem ipsam, id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscumque.,.* » Il ne s'agit pas dans ces lignes de la preuve de la convention, mais de la preuve des faits qui se sont passés au moment où l'officier public,

sur l'ordre des contractants, a dressé un écrit (1). Le témoignage écrit du notaire prouve, à l'égard de tous, que les parties ont fait à la date indiquée les déclarations qu'il a rédigées sous leur dictée. Desmoulin a pris soin de préciser sa pensée : « *quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti et in ejus tenore contenti et affirmati.....* » Puis il nous parle de la preuve de la convention : « *Aut quæritur quoad jus et effectum actus gesti et tunc aut inter quos confectum est, eorum heredes, vel causam habentes, in quantum causam habet, aut inter penitus extraneos. In primo membro plene probat, et præjudicat, nedum in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam in enuntiativis et quo ad omnem solemnitatem et præsumptionem resultantem ex instrumento et contentis in eo et quo ad omnem suam virtutem et efficaciam.* » Mais pour qu'on puisse dire d'un écrit « *plene probat et præjudicat* » il faut qu'il soit à la fois la preuve de la convention et la convention : autrement, comment dire qu'il oblige ? Or, l'écrit à cette époque n'obligeait pas, il n'était pas le contrat, mais seulement son expression. Nous sommes ainsi fondé à croire que c'est grâce à l'idée fausse qu'il avait sur le rôle que joue l'écrit vis-à-vis de la convention que Dumoulin a pu lui accorder l'effet probatoire que nous lui refusons. Ce qu'il dit ensuite sur l'effet de l'écrit à l'égard des tiers ne fait que confirmer notre opinion : « *Secundo membro, videlicet inter extraneos. Et illis non præjudicat, quia res inter alios acta, non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios.* L'écrit pour Dumoulin, ne prouve donc pas la convention à l'égard des tiers, s'il l'avait pensé, étant donné sa précision

---

(1) Ce sont les effets probants du témoignage d'un officier public. Au nº 64, *eod loc.*, Dumoulin en a très bien déterminé l'objet : «..... *scriptura publici tabellionis non potest fieri nisi de eo de quo rogatur a partibus. Et non potest rogari a partibus, nisi de eo quod tunc partes faciunt... tabellarius non potest conficere instrumentum nisi de eo tantum, quod in sui præsentia geritur a partibus et ab eorum consensu pendet, cujus notitiam et scientiam habet, propriis sensibus....* »

habituelle, il l'aurait certainement dit. Il se contente de constater que la convention n'a pas d'effet à l'égard des tiers : c'est donc que pour lui l'écrit ne fait preuve qu'autant qu'il oblige. Enfin la restriction qu'il ajoute à la règle qu'il vient de poser sur les effets de l'écrit à l'égard des tiers ne permet plus aucun doute. « *Quod limito, nisi in quantum ex dispositione juris actus gestus eis præjudicaret, puta quoad acquisitionem tituli et conditionis usucapiendi, vel præscribendi, nec non bonæ fidei fructuum lucrandorum, quia quod ad hæc et alia hujus modi, instrumentum extraneis præjudicat ex regulis vulgaribus eisdem nocere acta vel instrumenta actus, quibus et quatenus actus ipse noceret, sive in judicialibus, sive in extrajudiciariis* » (n° 10). Il faut donc appliquer au propriétaire dépossédé ce qu'il a dit au sujet des parties leurs héritiers et ayants cause «*plene probat et præjudicat* ». Et cela parce que l'aliénation « *a non domino* » est opposable au propriétaire dépossédé : l'aliénation lui étant opposable, l'instrument qui la constate crée à la fois le juste titre et prouve ce juste titre qui permet au possesseur d'usucaper ou d'acquérir les fruits « *instrumentum extraneis præjudicat* » et par conséquent « *plene probat et præjudicat* ».

Dumoulin reconnaît à l'acte sous seing privé les mêmes effets probatoires et obligatoires. Nous avons vu que sous le rapport des déclarations des parties exprimant une convention qu'elles ont formée, on ne peut distinguer ces deux formes d'actes écrits : « *Quando talis privata scriptura est recognita plene probat et præjudicat contra confitentem..... Non tamen probat contra tertium, nisi simplicem confessionem recognoscentem..... Sed non præjudicat tertio, nisi in quantum de jure talis confessio potest tertio præjudicare....*

149. — La solution que donne Dumoulin peut s'expliquer par la persistance dans l'esprit des jurisconsultes d'idées qui avaient cessé d'être justes depuis qu'une révolution s'était opérée dans la théorie de la formation des contrats. On continua après Dumoulin à confondre l'écrit et l'acte juridique qu'il exprime, et,

grâce à cette erreur, à le considérer comme une preuve. La persistance de cette confusion fut, nous le croyons, la conséquence de la proscription de la preuve par témoins par les Ordonnances de Moulins et de 1667. Si l'on conçoit l'existence idéale d'un acte juridique dont la preuve ferait défaut, au point de vue des résultats pratiques, la preuve d'un acte juridique et son existence ne font qu'un, car l'acte n'existe que s'il est prouvé. On est ainsi amené, par une confusion d'idées très naturelle, à considérer le procédé par lequel on se ménage la preuve, comme le moyen même par lequel se forme l'acte juridique. C'est ainsi que, pour le droit romain, certains interprètes, en ne discernant pas le contrat de l'écrit, sont arrivés à croire à l'existence d'un contrat *litteris* quand, *post biennium*, la *cautio* était devenue capable de prouver la numération. Remarquons que depuis l'Ordonnance de Moulins, toutes choses excédant la valeur de cent livres doivent en principe être prouvées par écrit, que la preuve contre un écrit doit être faite au moyen d'un autre écrit, et nous comprendrons comment, dans l'ancien droit, on a pu confondre l'acte juridique et sa preuve, considérer l'écrit comme étant l'acte juridique lui-même et la preuve de cet acte juridique. Nous ne donnerons que quelques indications qui ne permettent pas de douter de cette confusion.

130. — On considéra pendant longtemps comme nulle, faute de cause, l'obligation constatée par un écrit non causé (arrêt du Parlement de Paris, 16 mai 1650 ; du Parlement de Flandre, 19 mars 1691.)

L'exigence que l'acte sous seing privé, constatant une convention synallagmatique, soit rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties, nous fournit deux preuves de cette confusion. On crut qu'il était nécessaire que l'écrit fût l'image exacte de la convention qu'il constate. « Un acte est absolument nécessaire, dit M. de Grainville, pour établir qu'il y a une convention entre les parties. Il est établi par le principe naturel des engagements que, si l'acte est sous seing privé, il doit être double quand il contient des conventions réciproques. » M. de Grainville est un des magis-

trats qui concoururent à l'arrêt de 1736,qui le premier a rendu le double écrit obligatoire, nous avons ainsi l'esprit dans lequel cet arrêt a été rendu : c'est en confondant ce qui appartient au contrat avec ce qui n'est relatif qu'à la preuve qu'on exigea qu'il eût autant d'écrits que de droits créés. Mais cette confusion conduisit encore à subordonner la validité intrinsèque de la convention à la rédaction de l'écrit en double original avec mention de cette formalité : d'après la jurisprudence du Chatelet et du Parlement de Paris, la convention synallagmatique est nulle s'il n'y a pas autant d'écrits sous seing privé que de parties ayant un intérêt distinct, de plus chacun d'eux doit indiquer combien d'exemplaires il a été dressé. (V. Bonnier, *loc. cit.*, p. 571).

C'est encore la confusion de l'acte juridique et de l'écrit qui le constate, qui amena l'ancienne jurisprudence à annuler la contre-lettre, même entre les parties, dans certaines hypothèses, et même à maintenir l'acte apparent qui avait force obligatoire quoiqu'il fût certain que les parties n'avaient pas voulu qu'il fît la loi entre elles.

181. — Il ne nous reste plus qu'à montrer que l'art. 1322 a été rédigé sous l'influence de la même erreur transmise aux rédacteurs du Code par l'ancien droit. L'art. 1322, de même que l'art. 1319, est mal rédigé, dit-on généralement ; il a oublié de dire que l'acte fait foi à l'égard des tiers, c'est donc par suite d'une négligence que ces articles disent seulement l'acte fait pleine foi de la convention qu'il renferme « entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayants cause. » On ajoute qu'il suffît de consulter la tradition qui nous dit qu'il ne faut pas distinguer entre les parties et les tiers.

Pour les rédacteurs du Code, la tradition était dans Pothier. Que dit-il ? Que les actes authentiques prouvent contre les tiers « *rem ipsam* » c'est-à-dire « que la convention qu'il renferme est intervenue ». Et il renvoie au texte de Dumoulin. De même pour les actes sous seing privé il dit : « Ils ne font pas foi contre les tiers, sinon que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée. » Reportons-nous au *Traité des fiefs*, tit. 1, § 8 de

Dumoulin : « *quoad veritatem seu probationem rei gestæ.... plenam fidem facit quoad omnes.... quod intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti.... Non tamen probat contra tertium, nisi simplicem confessionem....* » Pour Dumoulin, l'acte authentique comme l'acte sous seing privé prouve à l'égard des tiers le simple fait que les parties ont fait telles déclarations. Pothier à cru ne faire que traduire Dumoulin en disant que les actes authentiques et sous seing privé prouvent « que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée. » Quoi qu'il en soit, pour Pothier, prouver qu'une chose s'est effectivement passée, que la convention que renferme l'acte est intervenue ce n'est pas faire foi : « Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte, de ce qui y est énoncé »....
« Les actes sous seing privé de même que les actes authentiques ne font pas foi contre les tiers.... » Faire foi, d'après Pothier, ne peut se dire qu'à l'égard des « parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits. » On invoque Pothier et la tradition pour pouvoir compléter l'art. 1322, ils sont formels pour ne pas admettre que l'écrit quel qu'il soit puisse faire foi à l'égard des tiers.

152. — Il nous sera facile de montrer (et nous renvoyons à ce que nous avons dit quand nous avons exposé l'interprétation donnée par Marcadé, Demolombe... et Braas de l'art. 1322) que la notion faire foi contient une confusion des effets de l'écrit et des effets de la convention. (V. n[os] 70 et s..)

153. — En parlant d'ayants cause particulier, l'art. 1322 a évidemment en vue la preuve de l'aliénation d'un droit réel de propriété ou de servitude. Supposons donc un écrit constatant la vente d'un immeuble.

154. — La preuve est ce qui fait apparaître l'existence d'un fait non seulement à l'égard d'une ou plusieurs personnes, mais encore à l'égard de tous. Donc pour tous une vente a été formée, si l'écrit est une preuve. Tels sont, ce nous semble, les seuls effets que l'on puisse accorder à l'écrit.

Sans doute, l'aliénation résultant de la vente étant prouvée, nous connaîtrons la situation juridique d'un certain nombre de

personnes relativement à l'immeuble vendu, nous saurons quelles personnes peuvent prendre la qualité d'ayants cause relativement à cet immeuble. Peut-on dire pour cela que l'écrit fait foi à l'égard des ayants cause particuliers ? Cela est impossible. La détermination des personnes qui sont ayants cause particuliers est faite par le contrat de vente prouvé, elle n'a donc lieu que quand l'effet probant s'est produit. Pour qu'on puisse s'exprimer ainsi, il faudrait que l'attribution de la qualité d'ayants cause fût préalable ou concomitante à l'effet probant. On peut donc seulement dire, si l'écrit est une preuve, l'acte authentique ou sous seing privé établit à l'égard de tous l'existence du contrat qu'il exprime.

Il en serait autrement si l'écrit était non seulement la preuve du contrat, mais encore le contrat lui-même : les conséquences de l'effet translatif de l'aliénation et l'effet probant se produisant en même temps, on pourrait dire : L'acte fait foi entre les parties et leurs ayants cause. Pothier et les rédacteurs du Code ont conçu les effets des actes écrits comme s'il en était ainsi, ils n'ont pas détaché l'écrit du contrat qu'il constate pour en déterminer les effets. Nous retrouvons donc jusque dans le Code cette confusion de l'écrit et de l'acte juridique constaté, qui est pour nous la source de cette erreur que l'écrit prouve véritablement l'acte juridique qu'il exprime.

135. — Nous n'osons prétendre avoir suffisamment justifié notre opinion que l'*instrumentum* exprimant les rapports juridiques des parties contractantes, tels que d'un commun accord elles ont voulu qu'ils soient sanctionnés par le juge si un procès vient à surgir, ses effets sont ceux de la convention qui est ainsi intervenue.

Maintenant il nous faut mettre notre théorie en présence des applications des actes écrits, montrer qu'*inter partes* nous pouvons en rendre compte au moins aussi complètement qu'en faisant intervenir une présomption légale de vérité.

136. — Les conventions tirent leur force obligatoire du consentement des parties ; il est donc évident que l'effet conventionnel des actes écrits ne peut exister qu'à l'égard de ceux qui les

ont rédigés d'un commun accord. En vertu de l'art. 1165, cet effet n'aura pas lieu à l'égard des tiers, c'est-à-dire tous ceux qui n'ont pas participé à la rédaction et qui n'y ont pas été valablement représentés. Ces derniers sont dans la même situation juridique que les parties.

Que faut-il entendre par parties à la rédaction d'un écrit ? Le témoin qui, en cette qualité, a apposé sa signature sur un acte est-il partie ou tiers ? Braas, qui ne tient compte que de la participation « à l'œuvre matérielle » de l'acte, considère les témoins qui ont signé comme des « *participes instrumenti* ». (Braas, *loc. cit.*, p. 136 et s...). Nous ne pouvons admettre cette solution : pour nous, dresser ou faire dresser un acte ce n'est pas seulement écrire ou faire écrire, c'est vouloir que ses rapports juridiques avec une ou plusieurs personnes soient exprimés de telle ou telle manière : les témoins ne veulent absolument rien, les rapports juridiques exprimés dans l'écrit leur sont étrangers, souvent même leur sont inconnus.

157. — Quels sont ceux qui ont été représentés à la rédaction d'un écrit ? Certainement les héritiers et tous les successeurs universels et à titre universel. Mais que faut-il décider pour l'héritier bénéficiaire et les créanciers chirographaires ?

La position de l'héritier bénéficiaire n'offre aucune difficulté ? Par suite du bénéfice d'inventaire, l'héritier reste ce qu'il était avant l'ouverture de la succession : son patrimoine, sa personnalité juridique restent distincts du patrimoine et de la personnalité juridique du défunt. L'acceptation bénéficiaire ne peut porter atteinte aux droits qu'avait l'héritier avant l'ouverture de la succession, il conserve donc la qualité de tiers relativement aux actes souscrits par le défunt. (Demolombe, t. XV, n° 187 ; XXIX, n° 523 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 756...)

158. — On ne considère pas généralement les créanciers chirographaires comme des tiers relativement aux conventions passées par leur débiteur « ...on ne peut pas considérer comme tiers, relativement à une convention, les ayants cause des parties contractantes. Or, les créanciers sont les ayants cause de leur

débiteur ; d'où il suit que les conventions passées par un débiteur ont effet à l'égard de ses créanciers comme à l'égard du débiteur lui-même, et qu'elles leur profitent ou qu'elles leur nuisent, de son chef, puisqu'ils n'ont pas, sur son patrimoine, d'autres droits que les siens. » (Demol., *Traité des Contrats*, t. II, p. 50.)

Les créanciers chirographaires ont un droit d'exécution sur tout le patrimoine de leur débiteur, mais ce droit est limité aux biens existants au jour de l'exécution. De là on conclut qu'en même temps qu'ils sont devenus créanciers, ils ont acquis un droit universel sur les biens du débiteur, qu'ils sont dans la position de l'héritier qui recueille le patrimoine du défunt tel qu'il se trouve au jour de la succession. Mais ce droit d'exécution n'est-il pas universel seulement en ce sens que le créancier peut choisir parmi tous les biens celui qu'il veut faire vendre? Existe-t-il en réalité un droit sur tout le patrimoine ?

A quelle époque se produirait l'acquisition de ce droit universel? Quand l'obligation contractée est susceptible d'une exécution directe, il n'est pas question d'un droit d'exécution sur tout le patrimoine : c'est seulement quand le créancier ne peut obtenir la prestation elle-même que le débiteur s'est engagé à lui fournir, que le créancier exécute au moyen du droit de saisie et de vente qu'il a sur tous les biens. Il en est ainsi dans le cas d'obligation de donner une chose indéterminée, d'obligation de faire non susceptible d'être exécutée directement et résolue en des dommages-intérêts par l'inexécution, d'obligation de ne pas faire si le débiteur a contrevenu à l'obligation et s'est rendu passible de dommages-intérêts. Avec Marinier (*loc. cit.*, p. 103 et s...) nous expliquons le droit d'exécution indirecte du créancier par une obligation accessoire contractée par le débiteur de laisser vendre tout ou partie de ses biens, en même temps qu'il s'oblige principalement à donner, à faire ou à ne pas faire. Si l'on remonte en effet dans le passé, on trouve une époque où le créancier ne pouvait saisir tous les biens de son débiteur, pour les immeubles une clause expresse d'obligation devait être insérée dans le contrat (V. Esmein, *Études sur les contrats*, p. 152 et s.). Nous inter-

prétons donc l'art. 2092 du Code civil, comme reconnaissant non un droit sur tout le patrimoine, mais une faculté pour le créancier de choisir un bien à son gré. le faire vendre et s'en attribuer le prix.

Mais, ajoute-t-on, son droit est forcément universel puisque les aliénations faites par le débiteur depuis le jour où la dette a été contractée peuvent lui être opposées ? Il y aurait là un argument irrésistible si réellement il y avait *droit acquis* au créancier sur tous les biens de son débiteur *du jour où la dette a été contractée*. De ce moment, si ce droit était particulier, le patrimoine du débiteur deviendrait indisponible.

Il ne suffit pas de dire les créanciers chirographaires sont des ayants cause universels, il faut déterminer quel est ce droit universel qu'ils ont acquis. Nous ne nous figurons pas quel serait le caractère de ce droit. Serait-ce un droit réel général ? ou plutôt une sorte de droit de succession ?

Les créanciers ne sont donc pas des ayants cause universels, et comme ils ont acquis des droits du débiteur, nous sommes dans la nécessité de les classer, avec les acquéreurs de droits réels, parmi les ayants cause particuliers. Sont-ils par cela même des tiers à la rédaction des écrits dressés par leur débiteur ? Ils ne sont pas *penitus extranei* dans le sens où on entend cette expression, c'est-à-dire des personnes n'ayant jamais eu de relations juridiques avec le débiteur puisqu'ils sont ayants cause à titre particulier de ce débiteur.

139. — Les créanciers chirographaires et les acquéreurs de droits réels sont classés par nous sous le nom d'ayants cause particuliers parce qu'ils n'ont acquis qu'un droit particulier. Quelle est, relativement à leur auteur, leur situation juridique après cette acquisition ? Sans être *penitus extranei*, ne sont-ils pas tiers à tous les actes de leurs auteurs autres que ceux qui leur ont fait acquérir un droit particulier ? Il nous semble évident que l'ayant cause n'est non-tiers que dans la limite ou il est ayant cause, or, l'acquéreur n'est ayant cause que relativement au droit de propriété ou de servitude, le créancier chirographaire relati-

vement au droit de créance et de faire vendre un ou plusieurs biens, qu'ils a acquis. Alors nous pouvons dire que le créancier chirographaire et l'ayant cause particulier sont tiers à tous les actes écrits rédigés par leur auteur autres que ceux qui constatent l'acquisition qu'ils ont faite.

160. — Cependant, nous trouvons chez la plupart des auteurs : « que quand l'acte est relatif à la chose à laquelle a succédé l'ayant cause à titre particulier, et quand cet acte a créé sur la chose quelque droit réel, il faut bien que l'ayant cause subisse les conséquences d'un fait qui avait diminué la propriété de son auteur, propriété qui lui a été transmise diminuée. » (Colm. de Santerre, t. V, p. 533.) Nous avons déjà critiqué (nos 82 et s.) cette idée, qui nous paraît fausse, de la notion d'ayant cause. Nous ne comprenons pas que l'on puisse dire qu'un ayant cause a été représenté à une aliénation précédemment faite parce qu'elle a diminué l'importance du droit qu'il a acquis. D'après cette doctrine, l'acquéreur d'un immeuble a été représenté à l'aliénation d'une servitude qui existait autrefois au profit de cet immeuble, à la création de la servitude dont il se trouve grevé au moment de l'acquisition. Pourquoi ne dit-on pas aussi que, quand un terrain a été aliéné en deux parcelles, l'acquéreur d'une parcelle a été représenté à l'aliénation de l'autre ? La situation nous semble cependant juridiquement la même. Le droit de propriété sur un immeuble, le droit de servitude sur le même immeuble sont deux choses distinctes : celui qui acquiert le droit de propriété sur un immenble grevé d'une servitude doit respecter la servitude, non parce qu'il est tenu d'une sorte de garantie, mais parce que c'est un droit réel qui appartient à autrui et est opposable à tous.

161. — Nous avons dit d'une façon trop absolue que le créancier chirographaire et l'acquéreur d'un droit réel sont tiers à tous les écrits signés par leur auteur. Ils succèdent, en effet, à tous les écrits qui constatent l'entrée dans le patrimoine de leur auteur de la chose qu'ils acquièrent ou font vendre. Etant ayants cause relativement à ces écrits ils ont été légalement

représentés à leur rédaction. Larombière (art. 1328, n° 5) nous donne un exemple où la réunion de la qualité d'ayant cause relativement à la chose et d'ayant cause relativement à l'écrit constatant l'entrée de la chose acquise dans le patrimoine de l'auteur offre un réel intérêt : « J'achète de Paul un héritage le 1er juillet 1845 par acte authentique ou privé mais ayant dans ce dernier cas, date certaine. Jean se présente, qui prétend exercer un droit de servitude, et il produit un acte sous seing privé portant une date antérieure non certaine par lequel Jean a vendu autrefois à Paul l'héritage que celui-ci m'a revendu. Il est évident que je ne puis dans ce cas, opposer que le titre constitutif de la servitude n'a pas de date certaine, par la double raison que je suis moi-même l'ayant cause de Jean, à la suite de Paul et que je ne puis critiquer le titre primitif, qui est le fondement même de mes droits actuels. » Il n'y a à notre avis qu'une seule raison pour refuser à Paul la qualité de tiers, c'est qu'il est ayant cause relativement à l'écrit constatant l'entrée dans le patrimoine de Paul de l'héritage qu'il a acquis : il a été représenté par Paul à la convention qui, alors, a réglé les rapports juridiques avec Jean. Même solution devrait à notre avis être donnée si Jean avait vendu l'héritage à Paul et la servitude à Jacques et si les deux aliénations avaient été constatées par le même acte.

Nous avons ainsi déterminé les personnes qui par elles-mêmes ou par représentation sont parties à la rédaction d'un écrit. Etudions maintenant l'objet de l'acte écrit, les rapports juridiques que dans notre droit il est appelé à constater entre ces personnes.

162. — Nous avons vu que, même en admettant que la simulation ne soit pas une cause d'inexistence de la convention déterminant les déclarations qui, en cas de litige, devront être considérées comme exprimant leurs rapports juridiques, les parties pouvaient toujours ne pas s'en tenir à l'écrit qu'elles avaient rédigé d'un commun accord et faire entendre des témoins. « S'il advient qu'en jugement une partie se veuille aider de lettres en preuves, et l'autre partie se veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoins sont

contraires aux lettres. » Ainsi s'exprimait Bouteillier au XVe siècle. Jusqu'à la fin du XVIe siècle il fut possible d'attaquer la preuve écrite au moyen de la preuve orale.

L'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins de 1566 ordonna que « de toutes choses » excédant la somme ou valeur de cent livres « seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve des dites matières sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu du dit contrat..... ; en quoi n'entendons exclure les conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sur leurs seings, sceaux et écritures privées. » Par cette disposition, le législateur reconnaissait la validité, indépendamment de toute condition de sincérité, de la convention par laquelle les parties peuvent règler leur situation litigieuse éventuelle, la rendait obligatoire quand « la chose » excédait la somme ou valeur de cent livres, et faisait de cette convention un acte solennel.

163. — L'accord par lequel deux parties conviennent que telles ou telles déclarations expriment l'acte juridique qu'elles ont accompli est valable et implique renonciation à faire entendre des témoins. Mais cette convention n'existe que si elle porte sur des déclarations écrites : l'écrit est la forme par laquelle cette volonté des parties doit se manifester. Si donc les parties ont rédigé un écrit sans y être obligées par la loi, elles ne pourront cependant pas faire entendre des témoins. Que viendraient-ils déclarer ? que l'écrit est mensonger ? la loi n'en a cure : elle s'en tient à l'expression écrite que les parties ont donnée de leurs rapports juridiques. Qu'une nouvelle convention est intervenue sur d'autres déclarations ? mais pour être efficace cette convention doit être écrite.

164. — L'étendue d'application de l'obligation de rédiger un écrit ne paraît pas avoir jamais été bien déterminée dans l'ancien Droit. Nous avons été frappé de la difficulté que l'on a eue à admettre qu'elle s'appliquait à tous les faits juridiques. On a cru d'abord que la preuve par témoins des conventions était seule proscrite et cette idée a plus ou moins persisté jusqu'au Code civil.

Boiceau, l'un des premiers commentateurs de l'Ordonnance, interprétant l'expression « toutes choses, » dit : « qu'il semblerait d'abord qu'il faudrait ici traiter de toutes les affaires qui peuvent arriver entre les hommes, lesquels mots néanmoins ne doivent s'entendre que des conventions que les hommes ont coutume de faire les uns avec les autres... Quant aux obligations qui naissent d'un contrat, savoir si dans toutes la preuve par témoins est abrogée : je crois qu'il faut répondre que c'est principalement des obligations qui naissent d'un contrat, que l'Ordonnance de Moulins doit s'entendre, comme du contrat de vente, de bail à loyer... » D'Argentré, sur l'art. 176 de la coutume de Bretagne, décide très nettement que l'art. 54 ne s'applique qu'à la preuve des conventions, que la preuve testimoniale des faits est toujours admise. Si donc il s'agit d'un contrat réel, prêt, dépôt..., la preuve pourra en être administrée par témoins : « *si re contractæ sunt, non impeditur probatio per testes* ; *nec hic textus aut ordinatio (molinensis) de talibus disponit.* » Boiceau décide formellement que si une quittance n'a pas été dressée, l'art. 54 de l'Ordonnance n'empêche pas de prouver le paiement par témoins, car cette disposition « doit être renfermée dans son cas particulier qui ne regarde que les contrats et elle ne doit pas être étendue aux choses pour lesquelles on n'a point coutume de passer de contrats ni d'actes. » (Boiceau, *Preuve par témoins*, ch. XI, p. 743 et s.)

L'art. 3 de l'Ordonnance de 1667 fut obligé de proscrire d'une façon formelle la preuve par témoins du dépôt volontaire.

165. — Il y eut donc tendance à comprendre l'art. 54 de l'Ordonnance comme proscrivant la preuve par témoins seulement lorsque l'on veut établir par ce moyen une convention, un acte purement consensuel. Si l'on en croit Boiceau, en effet, c'est la preuve des conventions, et non celle des faits qui donnait lieu aux abus que l'Ordonnance de Moulins voulut faire disparaître. Il en était ainsi par la nature même des choses. La volonté est impénétrable, on ne peut la connaître directement : ses manifestations seulement permettent de conclure qu'elle existe. On peut croire qu'une personne a voulu s'obliger quand elle a

prononcé telles paroles, accompli tels actes. Les témoins par leurs dépositions nous donneront des indices de la volonté, mais non la volonté elle-même.

Le plaideur désirant gagner son procès verra un indice dans le moindre mot, dans l'acte le plus insignifiant de son adversaire. Telle est la cause de la multiplicité des témoignages qu'occasionnait la preuve par témoins des conventions. On était entraîné à vouloir prouver beaucoup de faits, et on amenait beaucoup de témoins. Les abus que fit cesser l'Ordonnance de Moulins ont donc leur cause non dans la corruption des mœurs au XVI^e^ siècle, mais dans la folle prétention que l'on avait de prouver la volonté malgré son insaisissabilité.

166. — Si une intelligence assez nette des causes qui avaient amené la prohibition de la preuve testimoniale permit à Boiceau et à D'Argentré de résumer l'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins : « *Facta testibus probantur*, *conventiones verbales non item* », il est certain que cette interprétation n'a pas prévalu.

Nous avons vu l'Ordonnance de 1667 exiger un écrit pour la preuve du dépôt volontaire. Les mots « passé contrats » de l'Ordonnance de Moulins, sur lesquels s'appuyaient les partisans de l'opinion de Boiceau, furent remplacés par les mots « passé actes ». Nous trouvons dans les Additions de Danty à l'œuvre de Boiceau, dans les notes ajoutées à ces additions par un jurisconsulte anonyme de la fin du XVIII^e^ siècle, des indications d'une tendance à prohiber la preuve testimoniale non seulement des conventions, mais encore de tous les faits juridiques susceptibles d'être constatés par écrit (1).

Danty ne rejette pas absolument l'opinion de Boiceau et de D'Argentré sur la preuve des contrats réels et du paiement, mais il semble douter qu'elle soit conforme à l'esprit de l'Ordonnance « ...car il s'en suivrait de là qu'il dépendrait de la foi de deux

(1) V. Boiceau, *Traité de la preuve par témoins en matière civile*. Chapitres II, IX, XI, avec les Additions de Danty à ces chapitres.

témoins de prouver une convention par cette voie indirecte, c'est-à-dire en n'articulant pas qu'il y ait eu de convention, mais seulement une numération de deniers, ou en alléguant qu'une personne a en sa possession quelque effet appartenant à un autre, quoiqu'elle ne l'ait qu'en vertu d'une convention verbale. » L'annotateur de Danty décide formellement avec Pothier : « L'Ordonnance de 1667 ayant évité de se servir de ce terme de « contrats », et ayant dit « seront passés actes de toutes choses », on ne doit pas douter que sa disposition renferme non seulement les conventions, mais généralement toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu s'en procurer une par écrit. » (Pothier, *Traité des Oblig.* Part. IV. Ch. 2, art. 2 ; v. addit. de Danty au ch. II de Boiceau.)

167. — La doctrine du Code civil sur l'étendue de la prohibition de la preuve test moniale résulte de la combinaison des art. 1341 et 1348.

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs..... » (art. 1341).

Le Code apporte à cette règle trois exceptions : on peut prouver par témoins en matière commerciale (art. 109 C. com.) et quand il y a commencement de preuve par écrit en matière civile (art. 1347) : la raison de ces deux exceptions est, à notre avis, que les dépositions des témoins étant contrôlées par l'écrit faisant commencement de preuve et par les écrits commerciaux, de graves abus ne peuvent guère se produire.

L'exception contenue dans l'art. 1348 a une importance beaucoup plus grande, car elle nous donne le sens de la règle contenue dans l'art. 1341. Les règles concernant la prohibition de la preuve testimoniale « reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui ». Par application de cette exception, les nos 1, 2, 3 indiquent un certain nombre de cas où la preuve testimoniale est admissible : « Ces différentes applications ne doivent être considérées que comme des exemples

destinés à expliquer le sens de l'exception, et n'ont pour objet ni d'en restreindre, ni d'en étendre la portée. Il résulte de là, d'une part, que la preuve testimoniale est admissible, par cela seul qu'il a été impossible à celui qui l'invoque de se procurer une preuve littérale, lors même qu'il ne se serait trouvé dans aucun des cas spécialement indiqués par l'art. 1348. Il en résulte, d'autre part, que, dans les cas mêmes qui sont nominativement spécifiés par cet article, l'admissibilité de la preuve testimoniale est toujours subordonnée à cette condition qu'il n'ait pas été possible à celui qui l'invoque de se procurer une preuve littérale. » (Aubry et Rau, t. VIII, p. 344 et 345.)

Dans notre Droit, en matière civile, la preuve testimoniale de tous les faits, quels qu'ils soient, conventionnels ou non conventionnels, n'est pas admise lorsque la partie a pu les faire constater par écrit.

Nous disons donc, chaque fois qu'il aura été au pouvoir de la partie de s'entendre avec la personne contre laquelle elle invoque un fait, pour déterminer les rapports juridiques nés à l'occasion de ce fait, elle ne pourra user de la preuve par témoins.

168. — De tous les faits, à propos desquels un tel accord peut intervenir, nous n'en étudierons qu'un seul : l'époque où un acte juridique a été accompli.

Quand les parties constatent un acte juridique par écrit, elles peuvent, d'un commun accord, déclarer quelle est la date de cet acte juridique ; si elles ne l'ont pas fait, la preuve ne pourra en être faite par témoins.

La plupart des auteurs constatent simplement qu'aucun texte n'exige que l'acte sous seing privé soit daté, que par conséquent il est valable même s'il est sans date. Aubry et Rau admettent que les parties signataires d'un acte sous seing privé non daté, peuvent être reçues à prouver par témoins, l'une contre l'autre, la date à laquelle cet acte a été passé « Prouver la date d'un acte par des éléments puisés en dehors de cet acte, ce n'est point prouver contre et outre son contenu. En effet, la preuve ne tend point, en pareil cas, à introduire dans l'acte une disposition nou-

velle, mais seulement à établir l'une des circonstances dans lesquelles il a été passé. » (Aub. et Rau, t. VIII, p. 323).

Braas et Laurent ont seuls posé la question comme elle doit l'être : la date est-elle un de ces faits qui ne peuvent être prouvés par témoins ? Non, répond Braas ; la disposition de l'art. 1341 ne concerne pas « les faits, les circonstances de temps et de lieu inhérents aux actes instrumentaires, mais uniquement les conventions juridiques ou promesses que ces actes renferment ». (Braas, *loc. cit.*, p. 93). Il invoque l'autorité de Danty qui admettait celui qui invoquait une vente constatée par un acte sous seing privé sans date, à prouver par témoins que ce marché avait eu lieu pendant la foire parce que la date «n'est pas une convention, qu'elle ne dépend pas même en quelque sorte du fait des parties, puisque soit qu'elle soit exprimée ou non, il est toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est certaine quand l'acte a été une fois passé, et que par conséquent, ne s'agissant que de la vérifier, ce qui est un simple fait, la preuve par témoins en doit être reçue.... » (Danty, *Preuve par témoins,* Ch. IX, add. n° 2).

169. — On peut répondre à Braas et à Danty, avec l'annotateur de ce dernier, que si la date n'est pas une convention, néanmoins elle détermine la qualité de la convention. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, un acte juridique ne se conçoit pas en dehors du temps, l'époque où il s'est accompli est donc un de ses éléments constitutifs (V. n° 41). Danty donne aussi une mauvaise raison, quand il dit que la date ne dépend pas de la volonté des parties, qu'il est toujours vrai qu'il y en a une, qu'elle soit exprimée ou non : on peut en dire tout autant de la convention ; une fois formée elle ne dépend plus de la volonté des parties, constatée ou non par écrit, il est toujours vrai qu'il y en a une.

Donc même dans la doctrine qui décide que la prohibition de la preuve par témoins ne concerne que les conventions, il est difficile de soutenir que la date d'un acte juridique ne doit pas nécessairement comme l'acte juridique lui-même être constatée par écrit.

Mais nous appliquons l'art. 1341 à tous les faits juridiques qui

peuvent être constatés par écrit : la date est un fait juridique, les parties ont pu en faire l'objet d'une déclaration dans l'écrit qu'elles ont dressé, la preuve par témoins n'en est pas admissible. (V. Laurent, t. XIX, p. 493 et s.)

170. — Remarquons que la date ainsi comprise, n'est qu'une déclaration insérée dans l'acte sous seing privé du consentement des deux parties, ce n'est la preuve ni de l'époque où l'acte juridique a été accompli ni de l'époque où l'écrit a été rédigé. La déclaration sur la date, comme les déclarations sur la convention, est le résultat d'un accord intervenu entre les parties : si donc une personne a reconnu par écrit qu'elle a emprunté une somme de 1000 francs remboursable au bout de deux ans, elle pourra être condamnée, deux ans après l'époque indiquée sur l'écrit comme étant celle du prêt, à payer la somme de 1000 francs, non pas parce qu'il est prouvé qu'à cette époque elle a réellement emprunté cette somme, mais parce qu'elle a consenti à être considérée comme emprunteur d'une somme de 1000 francs remboursable deux ans après l'époque qu'elle a indiquée : les déclarations d'un acte sous seing privé ne prouvent pas, mais elles obligent ceux qui les ont faites.

171. — On nous dira : en général, la question de date a peu d'importance à l'égard des parties ; que l'acte ait été rédigé à telle ou telle époque son auteur n'en est pas moins lié par la convention qu'il renferme. Cependant il peut arriver que l'acte n'ait pu être fait valablement à une époque quelconque : c'est ce qui a lieu lorsque la capacité de l'une des parties a subi une modification. Quand donc il faudra déterminer si un acte a été accompli par une personne pendant sa majorité ou pendant sa minorité, avant ou depuis son interdiction... quel effet accorderez-vous à la date de l'acte sous seing privé qu'elle a signé ? Dans ces hypothèses, nous n'accorderons aucun effet à cette date : parce qu'alors il s'agit de savoir à quelle époque l'acte a été accompli, que cette époque doit être réellement prouvée, que la déclaration sur cette époque, faite par les parties, ne prouve rien.

Supposons un pupille sorti de minorité poursuivi en paiement

d'un billet portant une date postérieure à sa majorité. D'après ce que nous venons de dire, la preuve de l'époque où l'écrit a été signé n'est pas faite : est-ce pendant la minorité, est-ce depuis la majorité ? on ne le sait pas. A qui incombe la charge de cette preuve, au créancier ou au débiteur ? C'est au débiteur, qui prétend que sa promesse est nulle parce qu'il l'a faite étant incapable, à prouver son allégation.

172. — En fait, notre solution ne diffère pas de celle donnée par les auteurs. Ils distinguent en général selon que la preuve que l'on demande de faire contre la date sous seing privé a ou n'a pas pour but d'établir l'existence d'une fraude à la loi ou à la personne : si la sincérité de la date est contestée sans qu'on établisse aucune fraude à la persoune ou à la loi. la preuve ne pourra en être administrée qu'à l'aide des éléments de preuves admissibles lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes conformément à l'art. 1341. (Larombière, art. 1322, nos 6 et 7; Demol., t. XXIX, n° 508; Laurent, t. XIX, p. 293.) Aubry et Rau disent au contraire sans distinguer : « A la différence des actes authentiques, les actes sous seing privé ne font, même entre les parties, et leurs héritiers ou ayants cause, foi de leur date que jusqu'à preuve contraire, laquelle, d'ailleurs, peut être administrée même à l'aide de simples présomptions » (Aubry et Rau, t. VIII, p. 249.) Braas donne la même solution, (*loc. cit.*, p. 94.) Nous avons vu, en effet, que ces auteurs ne comprennent pas la date parmi les faits dont la preuve testimoniale est prohibée par l'art. 1341.

173. — Pour nous, il ne peut être question de prouver contre la date d'un acte sous seing privé, puisque cette date ne prouve rien. L'art. 1341 oblige les parties qui rédigent un écrit à indiquer un jour qui sera considéré comme celui où le contrat s'est formé. Mais les effets de cette indication ne peuvent empêcher ni l'une ni l'autre des parties de prouver que l'acte a été passé à une époque où elles étaient incapables.

La loi ne peut obliger les parties à régler d'avance leurs rapports litigieux éventuels et donner effet à cette convention que

dans la limite où elle peut renoncer à connaître la vérité : n'oublions pas, en effet, que si les parties sont dans la nécessité de rédiger un écrit, elles peuvent le rédiger comme elles l'entendent. Si donc il est impossible d'admettre que la loi ait renoncé à connaître les fraudes qui sont commises contre elle, chaque partie doit pouvoir prouver la date réelle de l'acte qu'on lui oppose, si cet acte, en le supposant fait à la date que l'on demande de prouver, viole une disposition prohibitive de la loi.

Comment cette preuve devra-t-elle être administrée ? Evidemment par témoins et par présomptions. Ce point demande cependant quelques explications que nous renvoyons à la deuxième partie de notre travail. (V. n° 220 et s.)

174. — Avant d'examiner la situation juridique de ceux qui sont restés étrangers à la rédaction d'un acte sous seing privé, il nous reste à dire quelques mots sur la date du testament olographe. Faut-il appliquer à la date de cet écrit sous seing privé, les idées que nous venons d'émettre sur la date des actes sous seing privé en général.

Remarquons le rôle que joue l'écriture dans le testament olographe. La volonté du testateur ne peut avoir effet qu'autant qu'elle s'est manifestée conformément à la loi. Si donc pour une convention on peut et on doit distinguer l'écrit de la convention, si en général on conçoit l'existence idéale d'un *negotium juris* indépendamment de l'*instrumentum* qui le constate, il n'en est pas de même pour les testaments.

La *nuda voluntas* du testateur reste sans effet, il faut qu'elle s'exprime par écrit pour qu'elle devienne un testament. On peut appliquer à tous les testaments et en particulier au testament olographe, la définition que Jhéring donne de l'acte formel : « L'acte formel peut se définir : l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la volonté, trouve sa sanction dans l'acte lui-même. » (Jhéring, *Esprit du Droit romain*. t. III, p. 166.) La volonté seule du testateur ne peut donner naissance à un testament ; dès lors qu'elle s'est exprimée par écrit conformément à la loi, par cette expression même, elle devient testament.

175. — Si l'on considère l'écriture d'un testament au point de vue de la preuve, on voit qu'elle nous donne une certitude complète, qu'on ne conçoit même pas qu'il puisse être fait preuve contre elle.

La simulation, en effet, ne peut exister en matière de testament : on prouvera que l'écriture qui a les apparences d'un testament, n'en a jamais été un, ou qu'elle a cessé d'en être un, que le testament n'existe pas ou qu'il a été révoqué ; mais prouver contre l'écriture d'un testament en ce sens que l'on ferait disparaître la certitude qu'elle nous fournit, cela ne se conçoit pas.

L'écriture d'un testament ne peut être mensongère. De deux choses l'une en effet : l'écriture exprime ou n'exprime pas la volonté du testateur. Si elle l'exprime, un testament existe ; si elle ne l'exprime pas, il n'y a pas de testament. Mais alors ce n'est pas de la force probante de l'écriture qu'il s'agit, c'est l'existence même du testament qui est contestée.

176. — Veut-on se rendre compte de l'exactitude des idées que nous venons d'émettre ? Que l'on examine les résultats de la preuve, que demande à faire l'héritier, que le testament n'exprime pas la volonté du défunt. Sera-t-il établi d'une façon absolue que le testateur n'a pas voulu tester conformément à ce qu'exprime l'écrit ? Nullement. La volonté de tester n'existe légalement que si elle est exprimée par écrit, mais l'expression écrite de la volonté de tester est une volonté de tester, un testament. L'héritier donc qui attaque le testament prouvera, non pas que le testateur n'a pas voulu, mais qu'il n'a pas valablement voulu : que c'est par erreur, par suite d'un dol, sous l'influence de la crainte qu'il a testé. Son attaque est donc dirigée contre la volonté du testateur, et non contre l'écriture qui, à la fois, exprime et prouve cette volonté.

177. — Nous venons de voir que l'écriture du testament prouve réellement la volonté du testateur avec une certitude telle qu'une preuve contraire n'est même pas concevable : parce que cette écriture ne peut être simulée, parce qu'elle n'est pas une simple expression de la volonté du testateur, mais cette volonté

elle-même. Faut-il donner la même force probante à la date du testament olographe ? Mais cette date n'est que l'expression de la volonté du testateur que son testament soit considéré comme ayant été fait le jour qu'elle indique. Comment dire alors qu'elle prouve l'époque où le testament a été fait, qu'elle prouve que le testateur a testé alors qu'il était capable de le faire ? Nous nous le demandons.

Nous laisserons complétement de côté cette question de la date du testament olographe : elle ne rentre pas rigoureusement dans notre sujet, elle demande de trop longs développements. Disons simplement que nous repoussons tous les systèmes qui ont été donnés, car tous considèrent la date du testament olographe comme prouvant l'époque où il a été fait (1).

Quand deux testaments inconciliables sont produits, la date indique lequel, d'après la volonté du testateur, doit être considéré comme ayant été fait le dernier.

En écrivant une époque sur les testaments qu'il fait, le testateur ne date pas au sens propre du mot, il choisit parmi ces testaments celui qui exprime ses dernières volontés, celui qui doit être exécuté.

L'Ordonnance de 1735 est la première disposition législative qui ait exigé que les testaments olographes soient datés à peine de nullité. Cette formalité a-t-elle été prescrite en haine des testaments, dans le but de donner naissance à de nouvelles causes de nullité ? C'est ainsi qu'elle est comprise par les auteurs et la jurisprudence : une foule de testaments sont annulés parce qu'ils ne sont pas datés, que la date est incomplète ou inexacte, alors que le testateur n'a jamais cessé d'être capable et quoiqu'il n'ait fait qu'un seul testament.

Nous croyons que bien loin d'avoir eu l'intention de créer des

---

(1) V. sur cette question : Demolombe, t. XXI, n° 155 et s. ; Aubry et Rau, t. VII, § 669, n 9, p. 112 et s. ; Laurent, t. XIII, n° 240 et s. ; Nancy, 15 juillet 1843. S. 43, 2, 469 consult. de Ravez ; Cass., 3 mai 1859. S. 59, 1, 369, n. de Baudot ; Toulouse, 9 décembre 1867, S. 68, 2, 1, n. de Rodière ; Cass., 11 janvier 1886, S. 86, 1, 337, n. de Labbé.

causes de nullité, le législateur a cherché à en faire disparaître une.

Avant l'Ordonnance de 1735, il arrivait souvent que des personnes, avec plusieurs testaments, mouraient intestats : rien ne faisant connaître quelles dispositions elles avaient voulu faire exécuter. Il fallait trouver un moyen d'obliger les testateurs à classer leurs dispositions, à indiquer, quand ils avaient fait plusieurs testaments, celui qu'ils préféraient : il suffisait pour cela de les obliger à les dater.

Aussi nous devons condamner la rigueur avec laquelle on exige la date des testaments olographes. « Pour prévenir des difficultés, dit Bayle-Mouillard, qui ne se présentent que dans des cas exceptionnels, était-il donc indispensable de frapper de non-valeur le testament qui n'a pas de date ? A voir les difficultés nombreuses auxquelles la date a donné lieu, et combien de testaments ont été annulés faute d'une précaution, qui en elle-même est bien souvent inutile, il est impossible de ne pas se demander si le législateur n'a pas attaché à la date une importance excessive..... (sur Grenier, t. II, n° 226, n. c.).

N° 2. — *Effets des actes instrumentaires à l'égard des « tiers ».*

178. — Nous venons de reconnaître dans les actes écrits une convention dont l'objet est la détermination d'un certain nombre de déclarations devant exprimer les rapports juridiques des parties, si un litige vient à s'élever entre elles.

Telle étant la nature juridique de l'acte écrit, nous avons pu immédiatement déterminer un certain nombre de personnes qui sont obligées par les déclarations contenues dans l'écrit : ce sont, nous l'avons vu, les *participes instrumenti,* les parties contractantes, leurs héritiers et ceux qui soit par succession universelle, soit par succession particulière ont succédé aux obligations qui découlent de la rédaction de l'écrit.

Quelle est la situation de ceux qui n'ont pas participé à la rédaction d'un écrit et qui n'y ont pas été représentés ? Il semble

qu'il n'y ait qu'à lire l'art. 1165 pour obtenir la réponse à cette question. Mais l'art. 1328 est formel ; les actes sous seing privé ont effet à l'égard des tiers. Sans doute cet effet n'existe que du jour de l'enregistrement, du jour de la mort d'un des souscripteurs ou du jour où leur substance est constatée dans un acte authentique, pour les actes sous seing privé, mais enfin il existe. Sommes-nous donc dans l'alternative de renoncer à la théorie que nous venons d'exposer sur la nature juridique des actes écrits, ou de refuser aux écrits tout effet à l'égard des tiers, malgré la disposition formelle de l'art. 1328 ?

179. — Est-il possible d'indiquer quelles personnes sont restées étrangères à la confection d'un acte écrit ? Ce serait folie de l'entreprendre ! Ce sont toutes les personnes autres que les parties contractantes et ceux qu'elles ont représentés, et la qualification la plus précise qu'on puisse leur donner est celle de « tiers ». Quand on voudra connaître quels sont ces tiers, il faudra procéder par voie d'exclusion, éliminer de tous les hommes les *participes instrumenti*. Tous les hommes sont tiers à un écrit quelconque, ont le droit d'invoquer cette qualité de tiers, à l'exception de ceux qui ont participé à sa rédaction.

Nous sommes beaucoup moins précis que la doctrine et la jurisprudence qui disent les tiers sont les ayants cause particuliers, les créanciers chirographaires.....

Si les auteurs s'expriment ainsi, c'est qu'ils confondent deux choses qu'il est cependant facile de distinguer : le droit et l'intérêt à invoquer le droit. Nous reconnaissons que les ayants cause particuliers, les créanciers chirographaires ont très souvent intérêt à invoquer l'art. 1328, mais nous ajoutons : ils ne pourront exiger que les écrits émanés de leur auteur aient une date certaine, qu'autant qu'ils auront le *droit* de se dire « *tiers* ». Parce que c'est le droit à cette qualité de tiers qui fait de l'intérêt qu'ont les ayants cause et les créanciers un intérêt légitime. « Les rapports de droit qui sont la source de l'intérêt que l'un de ces tiers peut avoir à repousser l'acte ne sont pas la source de cette qualité de tiers. Seulement d'abstraite qu'elle était, et indifférente jusque-là,

ces rapports la rendent concrète, en font une réalité légale, susceptible d'effets. » (Braas, *loc. cit.*, p. 150). On est, en effet, tiers aux actes écrits souscrits par une personne non pas du moment où l'on devient son créancier ou son ayant cause, mais de l'instant même où ces actes ont été souscrits.

180. — En prenant à la lettre ce que dit Dumoulin des effets des écrits sous signature privée, on peut penser que ces écrits n'avaient pas, d'après lui, effet à l'égard des tiers : « *Non tamen probat contra tertium nisi simplicem confessionem recognoscentem, sive hoc nudum factum quod ille contenta in tali scriptura, vel ipsam scripturam confessus est, et hoc probat recognitio contra omnes.* » L'acte sous seing privé non reconnu ne prouve rien ; du moment où il est reconnu, il ne prouve encore rien, c'est la reconnaissance qui n'est que l'aveu de l'exactitude des énonciations de l'écrit qui a effet probant, ce n'est pas l'écrit lui-même. Quel est l'effet de cette reconnaissance à l'égard des tiers ? « ... *non præjudiciat tertio, nisi in quantum de jure talis confessio potest tertio præjudicare, ex die confessionis factæ.* » Donc du jour de la reconnaissance, l'acte juridique énoncé dans l'écrit sera considéré comme existant à l'égard de tous et en particulier à l'égard du tiers auquel il préjudicie. Mais il s'agit de prouver l'existence, avant cette reconnaissance, de l'acte juridique, suffira-t-il de prouver l'époque où l'écrit a été rédigé ? « ... *hæc recognitio nullo modo trahetur retro ad tempus et datam scripturæ recongnitæ, nisi contra ipsum recognoscentem, et non contra tertium, puta habentem medio tempore hypothecam, in qua remanebit prior et potior. Et hoc nisi veritas ex data illius scripturæ, aliter probetur per probationes legitimas cum eo factas.* » (*Traité des Fiefs*, § 8, n° 16). Dumoulin paraît bien dire que ce n'est pas seulement l'existence de l'écrit du jour de sa date qui devra être prouvée, mais l'existence du contrat d'hypothèque lui-même.

Mais alors Dumoulin dirait que les actes sous seing privé n'ont pas d'effet à l'égard des tiers.

181. Nous supposons que, par application du principe de l'art. 1165, les actes écrits soient déclarés sans effet à l'égard des tiers : si l'une des parties contractantes doit établir l'existence du contrat constaté par écrit contre un tiers à cet écrit, elle ne pourra le faire que par témoins et par présomptions.

N'oublions pas que la volonté est directement insaisissable, que l'existence n'en peut être connue que par ses manifestations. Nous avons vu que la difficulté de faire la preuve de ces manifestations, les abus qui en résultèrent, amenèrent le législateur à rendre la preuve littérale obligatoire. Les difficultés, les abus seront-ils moindres quand cette preuve sera faite par l'une des parties contre un tiers ?

D'autre part, cet écrit qui ne peut avoir effet à l'égard des tiers, sera-t-il possible de l'écarter absolument ? Ne pourra-t-on pas en tirer une présomption : ne manifeste-t-il pas, au moins aussi sérieusement que les entretiens que les parties ont eus devant témoins, l'existence de la volonté de former la convention exprimée par l'écrit ? Et si les parties n'ont parlé devant personne, si dans l'intimité elles ont seulement dressé un acte sous seing privé, cet acte que l'on veut écarter n'est-il pas la seule preuve qu'elles puissent fournir ?

Nous sommes donc dans la nécessité, malgré le principe de l'art. 1165, de donner effet aux actes écrits à l'égard des tiers. Mais ce n'est plus l'effet obligatoire et nécessaire que nous avons reconnu à l'égard des parties. L'écrit fait présumer à l'égard de tous qu'il a été formé un contrat correspondant aux rapports juridiques exprimés par l'écrit. L'acte instrumentaire a alors effet probatoire, et cet effet, on le comprend, n'a rien de nécessaire et de déterminé : L'écrit ne pouvant fournir qu'une « présomption de l'homme » abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat, on conçoit parfaitement que le juge puisse accorder pleine foi à tel écrit et écarter absolument tel autre, devant les motifs qu'il peut avoir pour mettre en doute sa sincérité.

182. — Cependant il est certain que la présomption, qui naît en faveur d'un acte juridique de sa constatation par écrit, fut de bonne

heure, dans notre Droit assez forte, pour dans tous les cas opérer conviction dans l'esprit du juge jusqu'à preuve contraire. En était-il ainsi au temps de Dumoulin ? ce qu'il dit sur les effets des actes sous seing privé à l'égard des tiers peut en faire douter. Quoiqu'il en soit, par l'Ordonnance de Moulins, une présomption légale de vérité fut attachée aux actes instrumentaires qui dès lors purent établir jusqu'à preuve contraire l'existence de la convention qu'ils expriment. « Avant l'Ordonnance de Moulins, les contractants pouvaient établir directement leurs conventions, non seulement entre eux, mais aussi à l'égard des tiers. Les inconvénients auxquels le législateur voulut obvier, se manifestaient également lorsqu'il s'agissait de prouver contre eux l'existence de ces conventions. En effet, dans la supposition même que les parties fussent d'accord sur toutes les clauses du contrat verbal, il n'est pas moins vrai que ces éléments, nombreux peut-être et compliqués, n'étaient constants à l'égard des tiers que par les modes de preuve ordinaires, et par conséquent sans les inconvénients qui en résultaient. » (Braas, *loc. cit.*, p. 108). Si donc le législateur a prescrit les actes écrits aussi bien quand la preuve doit être faite contre un tiers que quand elle est administrée *inter partes*, il a dû évidemment accorder aux écrits à l'égard des tiers un effet constant et nécessaire que par eux-mêmes ils ne pouvaient produire. Cet effet est une présomption légale de vérité (1).

183. — L'intérêt public est intéressé à ce qu'il soit fait de la preuve testimoniale un usage aussi restreint que possible, mais n'est-il pas aussi du plus haut intérêt que la loi ne fournisse pas elle-même aux citoyens des moyens faciles, à employer et d'une efficacité certaine, de se tromper les uns les autres ? La présomption de vérité attachée par la loi à tous les actes instrumentaires nous paraît cependant présenter tous ces caractères, et rendre la fraude bien facile : Les parties contractantes expriment dans l'écrit

(1) La présomption de vérité est attachée par la loi aux déclarations des parties implicitement dans l'art. 1328, expressément dans l'art. 1350, 4°.

qu'elles dressent ou font dresser, absolument ce qu'elles veulent ; et cet écrit qu'elles ont dressé selon leur bon plaisir ne recevra effet que si elles le veulent : il leur suffira de faire une contre-lettre exprimant autrement leurs rapports juridiques et annulant le premier écrit.

Du moment que l'on donne effet aux actes rédigés par les parties, il faut prendre son parti d'être souvent trompé. La simulation, nous l'avons vu, est une conséquence nécessaire de la preuve littérale. D'ailleurs, la présomption de vérité dont jouissent les écrits admet la preuve contraire, et cette preuve les tiers pourront la faire en toute liberté. Il ne saurait être question en effet de leur opposer l'art. 1341 qui défend de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu à l'acte, car ils peuvent invoquer le bénéfice de l'exception établie par l'art. 1348 : il ne leur a pas été possible de se procurer une preuve littérale de la simulation.

184. — Précisons quelle est la situation des parties qui ont rédigé un acte écrit. La convention, déterminant leurs rapports juridiques, qu'elles ont ainsi formée, les oblige a considérer ces rapports juridiques comme vrais si un litige vient à s'élever : la sentence du juge sera conforme aux déclarations écrites que les parties ont faites d'un commun accord.

Mais cette convention, comme toute convention, peut être résolue d'un commun accord par les parties, à la demande de l'une d'elles elle peut être déclarée nulle ou inexistante. Il y aura résolution si un nouvel écrit (contre-lettre), établissant sur d'autres bases les rapports juridiques, a été dressé. L'écrit sera déclaré nul si l'une des parties démontre qu'elle n'a consenti à sa rédaction que sous l'influence de la crainte, ou par suite de manœuvres dolosives. Il sera déclaré inexistant s'il a eu pour objet de régler les rapports juridiques des parties, non pas seulement contrairement à la vérité, ce qui, nous l'avons vu, est licite, mais encore de dissimuler des rapports juridiques prohibés par la loi. La convention qui a pour objet de réaliser une fraude est évidemment illicite et par conséquent inexistante.

Un écrit constate que Primus a vendu sa maison à Secundus pour un prix de 10,000 francs. Primus et Secundus ont signé cet acte de vente pour dissimuler une donation que légalement elles pouvaient faire. Un acte de donation a été dressé, mais caché avec soin. Si Primus venait à demander à Secundus de lui payer 10,000 francs en présentant l'écrit qui constate vente de la maison, cette demande frauduleuse serait facilement repoussée par l'acte de donation. Les parties ont voulu paraître s'être fait une donation et non une vente : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » (Art. 1134.) Telle est la situation des parties qui ont rédigé un acte écrit, elle n'a rien d'injuste, elle ne choque pas le bon sens.

Mais les créanciers de Primus, vendeur apparent, ont vu l'écrit constatant une vente, ils ont compté sur les ressources que fournirait à Primus le paiement du prix par Secundus. Ils agiront contre celui-ci, en vertu de l'art. 1166, et, comme Primus, seront repoussés par la présentation de l'acte de donation. Grâce à la présomption de vérité attachée aux écrits par la loi, les créanciers pourront donc être facilement trompés, et ils ne seront pas seuls trompés.

185. — « Il peut être très juridique, dit M. Fourcade, il ne serait pas juste de permettre aux parties d'induire ainsi en erreur les personnes qui contractent avec elles, et le moment venu, de démasquer leurs intentions, arrêtant par une véritable surprise l'action des intéressés » (*loc. cit.*, p. 91). A notre avis, cela ne serait ni juste ni juridique.

Pour que la contre-lettre fût opposable aux tiers, il faudrait que la nature des effets à l'égard des parties et à l'égard des tiers fût identiquement la même. Quand il s'agit des parties, l'écrit apparent n'a pas d'effet devant une contre-lettre, parce que, d'un commun accord, les parties peuvent toujours résoudre la convention qui les lie et en former une nouvelle dont les effets se substituent à ceux de la première. Mais il n'en peut être ainsi à l'égard des tiers. L'écrit leur est-il opposable parce qu'ils sont obligés par la convention des parties ? Non évidemment. C'est parce que la loi attache une présomption de vérité aux déclarations écrites.

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de démontrer que le législateur n'a pu attacher une présomption de vérité à la fois à l'acte apparent et à la contre-lettre, que les effets probants dont jouissent les actes écrits, grâce à une présomption légale de vérité, ayant leur source dans la loi, sont indépendants de la volonté de ceux qui les ont rédigés. Or, il n'y a pas à hésiter, c'est à l'écrit apparent qu'est attachée la présomption de vérité, parce qu'il est public, parce que seul il constitue une manifestation de la volonté des parties ; ce n'est pas à la contre-lettre aussi insaisissable que la volonté elle-même. L'art. 1321 n'est donc pas pour nous une disposition exceptionnelle, dérogatoire au droit commun, c'est une conséquence nécessaire de la nature juridique des effets des actes écrits à l'égard des tiers (1).

186. — Quand les parties contractantes expriment par écrit qu'elles ont formé tel ou tel acte juridique, par l'intervention d'une présomption légale de vérité, *erga omnes* l'acte juridique ainsi exprimé est considéré comme réellement existant. Et si un tiers aux droits duquel cet acte préjudicie, vient à en contester l'existence, la preuve de cette existence sera faite à son égard par la présentation de l'écrit.

Il peut arriver que l'acte juridique ne porte atteinte aux droits dont le tiers est investi que s'il a été formé à une certaine époque, alors il ne suffit pas que l'acte juridique soit présumé vrai, il faut qu'il soit prouvé que cette présomption existait à cette époque. De quels moyens pourra user celui qui invoque l'écrit pour faire cette preuve ? La présomption de vérité est évidemment attachée à l'écrit, du moment où, toutes les conditions de validité étant réunies, il peut être considéré comme existant. C'est donc la preuve du jour où l'écrit a été rédigé qui doit être faite contre le tiers.

Il est évident qu'en aucun cas cette preuve ne pourra être faite

(1) Nous ne pouvons développer ici cette idée qui, nous le croyons, permet de résoudre bien des difficultés que soulève la question de la simulation.

par les déclarations des parties. Nous avons vu que ces déclarations, quel que soit leur objet, ne sont jamais une preuve au sens propre du mot, que la raison des effets qui leur sont accordés doit être cherchée non pas dans les garanties de sincérité qu'elles fournissent, mais dans la nécessité où l'on est, par suite de l'insaisissabité de la volonté, de renoncer à user de la preuve testimoniale. Mais la rédaction d'un écrit est un fait matériel dont la preuve directe n'offre aucune difficulté.

187. — Comment devra être faite contre un tiers la preuve du jour où l'écrit a été rédigé ? Si l'acte est authentique, nous avons sur l'époque où les parties ont fait leurs déclarations devant l'officier public, le témoignage de cet officier public lui-même : nous avons donc une preuve, et une preuve écrite, du moment où les tiers ont été atteints par la présomption de vérité attachée aux écrits. Si l'acte est sous seing privé, nous n'avons plus parmi les énonciations de l'écrit le témoignage d'un tiers digne de foi, la preuve du jour de la rédaction devra nécessairement être cherchée en dehors de l'écrit.

Dans l'ancien Droit, avant comme après l'Ordonnance de Moulins, il semble que la preuve par témoins fut toujours admise. Sur la question du rang des créanciers, D'Argentré donne la même solution que Dumoulin... *hæc data non probatur privatis instrumentis, schedulis, apochis, et talibus chirographis, ac ne recognitione quidem debitoris nisi testibus adjuventur* (sur l'art. 194 de la Coutume de Bretagne, gl. 2). Pothier, dans son *Traité de la Prescription*, dit de même : « Le possesseur qui a justifié du titre d'où sa possession procède, par le rapport de l'acte sous seing privé qui en a été passé, doit d'ailleurs prouver par témoins le temps qu'a duré sa possession qui a procédé de ce titre. » Il faut, nous le croyons, décider que Denizart qui oblige le créancier à établir par « des présomptions puissantes l'antériorité de la dette » de la femme mariée, que Bourjon qui dans la même hypothèse demande simplement que la dette soit « juridiquement constatée », et tous les auteurs qui se sont contentés de constater l'inefficacité à l'égard des tiers de

la date écrite par les parties, admettaient que l'époque de la rédaction des actes sous seing privé pouvait être établie par témoins.

Il semble en effet avoir toujours été admis dans l'ancien Droit que la prohibition de la preuve par témoins devait se restreindre aux conventions. « Il faut observer, dit Danty, que les Ordonnances n'ont entendu parler que des conventions ou des dépendances des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit. » (Add. au ch. II, de Boiceau, *loc. cit.*, p. 87.) Nous avons vu qu'on alla si loin en ce sens que certains auteurs prétendaient que le fait consistant dans la remise d'une chose nécessaire pour la formation des contrats de dépôt, de prêt..., que le paiement d'une dette étaient susceptibles d'être établis par témoins, malgré les Ordonnances. Sans doute il y eut une réaction contre cette doctrine, nous en avons donné des preuves, cependant elle se maintint toujours dans les esprits, et on ne comprit jamais la prohibition de la preuve testimoniale dans le sens des art. 1341 et 1348 du Code civil.

188. — Braas est, à notre connaissance, le seul auteur qui de nos jours ait soutenu que l'on peut prouver par témoins l'existence des actes sous seing privé à une époque déterminée. Pour lui, en effet, l'art. 1341 et suivants, comme dans l'ancien Droit l'Ordonnance de Moulins, ne concernent pas les faits : ils ne concernent donc pas « les circonstances de lieu et de temps inhérentes aux actes instrumentaires ». Avec la plupart des auteurs modernes, nous pensons que la preuve testimoniale doit être proscrite toutes les fois que la chose dont on demande à établir l'existence en justice, fait matériel ou convention, a pu être constatée par écrit. Si donc nous n'admettons pas la preuve par témoins de l'époque où un écrit privé a existé, ce n'est pas parce que le législateur a dit que les actes sous seing privé « n'ont de date contre les tiers que du jour de l'enregistrement...» On peut dire, en effet, avec Braas que « le législateur s'est borné à constater que les actes privés, dépourvus, à l'égard des tiers, de la force probante de leur date, ne feraient foi, par eux seuls, de cette date, comme les

actes authentiques, que dans trois espèces exceptionnelles limitativement énumérées... » (Braas, *loc. cit.*, p. 126) ; mais qu'il admet qu'en dehors de ces trois espèces l'antériorité des actes sous seing privé, relativement à une situation légale, à un fait, à un autre acte, peut être établie par la preuve testimoniale.

Mais dit encore Braas, « si de ce que les actes privés ne font pas, par eux-mêmes, foi de qui ils émanent, il est permis de prouver par témoins la vérité de leur signature, n'est-il pas clair que, si les actes privés ne font pas, par eux seuls, foi de leur date à l'égard des tiers, il est également permis de prouver cette date par témoins ? (*loc. cit.*, p. 109). Braas peut parler ainsi : comme il le dit, la vérité d'une signature, la réalité d'une date, sont des faits d'une égale simplicité, indépendants des conventions et par conséquent pouvant être prouvés par témoins. Mais nous qui comprenons autrement les art. 1341 et s., nous ne voyons aucune analogie entre la preuve de la date et la preuve de la vérité de la signature.

189. — On peut toujours, en effet, se procurer le témoignage écrit d'un officier public (enregistrement, relation dans un acte authentique) attestant l'existence de l'acte sous seing privé à une époque déterminée. Prohiber la preuve par témoins de l'origine d'une signature reviendrait en fait à proscrire l'usage des actes sous seing privé : les parties étant dans la nécessité de faire intervenir à la rédaction de leur écrit un officier public pour contresigner leur signature, l'utilité des actes sous seing privé disparaîtrait presque complètement : la preuve par écrit de la signature n'est donc pas possible, l'art. 1341 n'est pas applicable à la signature.

190. — Toujours par application de l'art. 1341, nous n'admettons pas avec Braas que les tribunaux puissent apprécier les circonstances qui excluent la possibilité de l'antidate des actes ; encore moins, avec Toullier et Fourcade, que ces circonstances puissent donner date certaine aux écrits au même titre que l'enregistrement, la mort d'un des souscripteurs....

Les accidents qui ont mis l'un des souscripteurs dans l'impossibilité de signer, les faits d'exécution et de possession fournissent

des preuves d'existence certaine des écrits à partir d'une certaine époque. Mais il faudra admettre des témoins pour que ces circonstances puissent être connues par le juge. On arrive ainsi, d'une façon détournée, à admettre la preuve par témoins de la date des actes sous seing privé, et à violer indirectement les art. 1341 et s.

191. — Nous ne dirons pas non plus « que les actes d'une personne déclarée absente, ont, tant que la preuve de son existence n'est pas rapportée, une date opposable aux tiers, au moins provisoirement, celle du jugement qui a déclaré l'absence. » (Fourcade, *loc. cit.*, p. 156). C'est, à notre avis, prendre l'expression déclaration d'absence trop à la lettre. Le juge ne déclare pas, en effet, que telle personne est absente, mais que, comme on peut croire que cette personne est absente, il y a lieu de prendre certaines mesures dans l'intérêt de ses héritiers. Même si l'on admet qu'il y ait chose jugée sur le fait de l'absence, on peut encore dire que la participation du ministère public à l'enquête qui doit précéder le jugement, ne suffit pas pour rendre ce jugement opposable aux tiers.

192. — Par les trois circonstances indiquées par l'art. 1328, nous obtenons la certitude sur un moment de l'existence des actes sous seing privé, sans que l'on soit obligé de recourir à la preuve testimoniale. Sans doute nous ne savons pas quand l'acte sous seing privé a été rédigé, l'époque exacte où la présomption de vérité a commencé à atteindre les tiers ; mais nous savons d'une façon certaine que l'acte existait au jour où il a été enregistré, où un de ses souscripteurs est mort, au jour où il a été relaté dans un acte authentique ; et nous avons ainsi preuve à l'égard des tiers, d'une époque où la présomption de vérité attachée aux écrits, existait contre eux. (1)

---

(1) La loi, en parlant de procès-verbaux de scellés ou d'inventaire, ne fait que donner un exemple. Mais il faut qu'il y ait relation véritable de la substance de l'acte sous seing privé : c'est-à-dire que les parties essentielles qui donnent à cet acte son caractère distinctif, qui font qu'il ne peut être confondu avec un autre, soient constatées dans un acte authentique.

193. — Dirons-nous donc que c'est simplement par application du principe de la prohibition de la preuve testimoniale, que l'art. 1328 décide que les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics ; parce que ces trois circonstances sont les seules qui communiquent aux actes privés la force de faire preuve de leur existence dans le temps, sans recours nécessaire à la preuve testimoniale. L'art. 1328 serait ainsi expliqué, mais, à notre avis, cette explication ne serait pas suffisante.

Il faut rendre compte en effet de la volonté du législateur, clairement manifestée dans les travaux préparatoires, que la date des actes sous seing privé soit certaine. Le procès-verbal de la séance du 2 frimaire an XII du Conseil d'Etat, nous dit que l'art. 217 du projet, qui ne parlait que de l'enregistrement et de la mort d'un des souscripteurs, fut attaqué comme incomplet : « en ce qu'il y a d'autres circonstances que l'enregistrement et la mort qui peuvent donner à l'acte une date certaine contre les tiers » ; que, sur ce reproche, on ne consentit à ajouter que « le cas d'une opposition de scellés encore subsistant sur l'écrit sous seing privé » parce qu'on ne concevait pas d'autres espèces à joindre à celles exprimées dans l'article.

194. — Pourquoi le législateur veut-il que la date soit certaine ? C'est qu'une date incertaine, fût-elle prouvée par écrit, ne donnerait pas cette uniformité dans la preuve qui est nécessaire, quand les conséquences d'un acte juridique sont de nature à porter atteinte aux droits dont se prétendent investis d'autres personnes que les parties contractantes elles-mêmes. Comme le dit Laurent «... si l'on permettait au juge de reconnaître date certaine à l'acte en dehors des circonstances prévues par la loi, on retomberait dans une incertitude absolue ; les tiers ne sauraient jamais si l'acte a ou n'a pas date certaine, tout dépendant de l'appréciation du juge ; dans les mêmes circonstances, tel juge déciderait qu'il y a date certaine, et un autre déciderait qu'il n'y

en a pas (Laurent, t. XIX, p. 312). La date doit être certaine, parce qu'elle doit être uniforme, parce qu'il ne doit y en avoir qu'une pour tous les tiers à qui l'acte pourra être opposé. Cette unité de date prouvée, le législateur ne l'obtient, remarquons-le, qu'en renonçant à connaître la date véritable des actes sous seing privé : puisqu'une présomption légale de vérité est attachée au jour même de leur rédaction, c'est ce jour, leur véritable date, qui devrait être prouvée et non le jour de l'enregistrement, de la mort d'une souscripteur qui sera toujours postérieur à celui de la rédaction. Mais il est au pouvoir des parties de rapprocher et même de faire coïncider le jour de la date véritable et le jour de la date certaine.

193. — C'est à la nécessité de l'unité de date des actes qui peuvent être opposés aux tiers, qu'il faut demander la raison des conditions de forme prescrites de bonne heure dans notre droit pour l'existence du contrat d'hypothèque.

Le droit d'hypothèque est un droit réel, par sa nature il est donc opposable à d'autres personnes que celles qui sont obligées par le contrat qui lui a donné naissance : il est opposable aux acquéreurs du droit de propriété ou d'un droit de servitude sur la chose hypothéquée, aux créanciers hypothécaires d'une date postérieure. Est-il possible d'admettre que l'écrit qui constate l'acquisition d'un droit d'hypothèque n'ait pas, à l'égard de toutes ces personnes, la même date ? L'écrit constatant un droit d'hypothèque doit donc n'avoir qu'une date, par conséquent une date certaine.

Nous savons maintenant pourquoi, dès le commencement du XVII^e^ siècle, le contrat d'hypothèque ne put être constaté que par un acte authentique ou par un acte sous signature privée vérifié en justice. Pendant longtemps, en effet, il n'y eut dans l'ancien droit aucune institution analogue à notre enregistrement pouvant fournir un point de départ pour l'ordre hypothécaire, malgré l'emploi des écrits sous seing privé pour la constatation du contrat d'hypothèque. Sans doute le « contrôle » fut établi par un édit de Henri III en 1581, mais cet édit fut rapporté en 1588. Ce qui

montre bien le lien qui existe entre l'absence d'une telle institution, et l'impossibilité de constituer une hypothèque par acte sous seing privé, c'est que, pour la Normandie, où l'institution du contrôle se conserva, Basnage nous dit : « Là on considère principalement le contrôle, lorsqu'il s'agit de l'ordre et de la collocation entre créanciers, jusque là mesme que quelques-uns sont de ce sentiment qu'un contrat controlé, quoique sous signature privée, produit hypothèque. » (*Traité des hypothèques,* p. 150.) Ce qu'il dit un peu plus loin ne laisse aucun doute : « Il est vrai que l'hypothèque ne dépend pas absolument de l'intention des parties, et que *pour faire la priorité* et éviter les fraudes il faut employer l'autorité publique... » (*Eod. loc.*, p. 152.) Aussi, dans les provinces où le contrôle fut supprimé presque aussitôt qu'établi, ce devint une maxime constante que l'hypothèque ne pouvait être assurée que par un acte authentique ou par un acte sous seing privé vérifié en justice. Lorsqu'à la fin du XVII^e^ siècle, en 1693, le contrôle fut effectivement rétabli, la théorie étant déjà fixée, cette institution ne put rendre aux actes sous seing privé une fonction qu'ils avaient perdue depuis longtemps.

Ainsi, alors que la preuve de la date des actes sous seing privé pouvait, dans l'opinion générale, être faite par témoins, on exigeait que l'écrit constatant un contrat d'hypothèque eût une date certaine. (V. Esmein, *Etude sur les contrats,* p. 219 et s.)

196. — La nécessité de l'unité de date des écrits à l'égard des tiers nous expliquera comment il se fait que Pothier, qui admet pour les billets souscrits par la femme mariée sous le régime de communauté, pour le juste titre en matière de prescription, la la preuve de la date par témoins (*Traité de la communauté*, n° 253 ; *Traité de la prescription,* n° 99), déclare, dans son *Traité des obligations* et dans son *Traité de la vente*, que l'antériorité de l'acte sous seing privé à la saisie ou à la tradition réelle n'est suffisamment constatée, que par la mort de quelqu'une des parties qui l'ont souscrit.

Pothier admet l'équivalence, au point de vue du transfert de la propriété, de la tradition feinte et de la tradition réelle. Si l'ache-

teur, par une clause du contrat de vente, donne à ferme la chose au vendeur, par l'effet de cette clause l'acheteur se trouve saisi et devient propriétaire *erga omnes*. Nous avons déjà remarqué que dans ce cas la propriété était transférée *solo consensu* (v. n° 22). Supposons, avec Pothier, un contrat de vente conclu dans ces conditions, en présence d'un autre contrat de vente portant sur la même chose, émanant du même vendeur, et suivi de la tradition réelle de la chose vendue. Pothier ne parle pas de la date de l'écrit constatant ce dernier contrat : cet écrit, en effet, constate une convention dont les effets n'ont pas lieu à l'égard des tiers, c'est la date de la tradition faite en exécution de la conventoin et qui a transféré la propriété *erga omnes*, qui doit être prouvée par témoins. Pour la date de l'écrit constatant le contrat par lequel la propriété a été transférée *solo consensu*, Pothier déclare qu'il faut « qu'elle soit suffisamment constatée, *puta*, par la mort de quelqu'une des parties qui l'ont souscrite » (*Vente*, n° 321). La raison est que cet écrit constate un transfert de propriété, que ce transfert de propriété est opposable à tous. Du moment qu'un écrit prouve qu'une personne est devenue propriétaire à l'égard de tous, pour tous cette preuve doit être faite à partir de la même époque : l'écrit ne pouvant avoir qu'une date, doit nécessairement avoir une date certaine (1).

197. — Nous avons terminé l'interprétation de l'art. 1328 et la première partie de notre travail.

Les tiers sont les personnes qui ni par elles-mêmes, ni par représentation, n'ont participé à la rédaction de l'acte sous seing privé.

La date des actes sous seing privé n'a pas effet à l'égard des tiers,

---

(1) Au traité de la Communauté (n° 259) et de la Prescription (n° 90), Pothier se contente d'une date prouvée, il n'exige pas une date certaine. Remarquons que dans ces deux hypothèses, l'acte sous seing privé n'est pas naturellement destiné à être opposé aux tiers. L'écrit constatant la vente faite à *non domino* ne constate qu'une convention ; c'est par la preuve de sa possession prolongée, et non par l'écrit sous seing privé, que le possesseur établit qu'il est devenu propriétaire.

non parce que le législateur a voulu protéger ces personnes contre le danger des antidates, mais parce qu'elle ne peut prouver l'époque à partir de laquelle les actes écrits deviennent opposables au tiers, en vertu d'une présomption légale de vérité.

Les actes sous seing privé n'ont effet à l'égard des tiers que du jour de l'enregistrement, du jour de la mort d'un des souscripteurs, ou du jour de la relation de leur substance dans un acte authentique; parce que dans ces trois circonstances seulement l'existence dans le temps des actes sous seing privé est établie, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir des témoins et d'une manière absolument certaine.

DEUXIÈME PARTIE

198. — Il résulte de la première partie de notre travail, que l'art. 1328 doit être compris en ce sens que la preuve de l'existence dans le temps des actes sous seing privé à l'égard de ceux qui, par eux-mêmes ou par représentation, n'ont pas participé à la rédaction de ces actes, est faite par la date de l'enregistrement, de la mort d'un des signataires, ou des actes authentiques dans lesquels les actes sous seing privé sont relatés ; qu'aucun autre moyen de preuve n'est admis, et qu'en particulier la preuve par témoins doit être en principe rejetée.

Avant de rechercher les principaux cas où l'art. 1328 pourra être invoqué, il est bon d'étudier les conditions générales d'application de cet article.

N° 1. — *Conditions générales d'application de l'art. 1328.*

199. — L'art. 1328 s'appliquera chaque fois qu'une personne, en vertu de la règle « *probatio incumbit ei qui agit* », devra faire la preuve de la date d'un titre, à l'égard d'une personne restée étrangère à la rédaction de ce titre.

Nous ne limitons pas l'application de notre article au conflit de deux personnes qui se prétentent ayants cause particuliers relativement à une même chose, et aux situations analogues. Peu importe l'objet du litige : il suffit que l'une des parties ait à justifier de la date d'un écrit, que la personne à qui cet écrit est opposé soit un tiers dans le sens où nous entendons ce mot, pour que l'art. 1328 puisse être invoqué.

200. — Nous avons montré le lien qui unit l'art. 1328 et les dispositions de nos lois qui prohibent la preuve testimoniale. D'après l'opinion admise aujourd'hui, la preuve littérale est obligatoire pour toutes choses d'une valeur supérieure à 150 francs, dont celui qui demande à faire preuve a pu se procurer une preuve écrite. Par l'expression « toutes choses », qu'emploie l'art. 1341, nous avons vu qu'il faut entendre tous les faits juridiques dont la constatation par écrit a été possible. Nous avons aussi remarqué que l'existence d'un fait ne se concevant pas en dehors du temps, la date d'un acte juridique est une partie intégrante de cet acte juridique, et est soumise aux mêmes conditions de preuve que lui.

Nous pouvons donc déjà dire que la preuve de la date d'une chose, au sens de l'art. 1341, ne devra être faite par écrit, à l'égard d'un tiers intéressé à contester l'existence de cette chose, qu'autant que la preuve par témoins de cette chose est prohibée et par conséquent la preuve écrite exigée par l'art. 1341. Mais il pourra arriver que la constatation par écrit de l'acte juridique ayant été faite, les parties se trouvent dans l'impossibilité de donner date certaine à leur écrit.

201. — Des trois circonstances donnant, d'après l'art. 1328, date certaine aux actes sous seing privé, deux, la mort d'un des souscripteurs et la relation dans un acte authentique, sont accidentelles et peuvent ne pas se présenter, une seule dépend de la volonté des parties, l'enregistrement. D'après les principes que nous avons posés, nous sommes obligés d'admettre que l'art. 1328 ne s'appliquera pas quand l'enregistrement de l'acte sous seing privé aura été impossible, et que, dans ce cas, la preuve de l'existence dans le temps de cet acte pourra être administrée par témoins.

Quel est le caractère de l'impossibilité prévue par l'art. 1348 ? « Une impossibilité relative ou morale peut, disent Aubry et Rau, aussi bien qu'une impossibilité absolue et physique, autoriser l'admission de la preuve testimoniale. » (t. VIII, p. 345.) Cette solution ne nous satisfait pas. Nous ne ferons qu'indiquer les arguments qui nous font exiger une impossibilité physique et

absolue. Les exemples donnés dans l'art. 1348 : il a été absolument impossible au maître de l'affaire gérée, à la victime d'un délit ou d'un quasi-délit.... de faire constater par écrit les faits qu'ils invoquent ; le législateur a fait de la proscription de la preuve testimoniale, une règle d'ordre public. Donc, pour que la date d'un acte sous seing privé puisse être établie par témoins à l'égard des tiers, il faut que l'impossibilité de faire enregistrer ait été réelle, absolue.

Il en sera ainsi quand, par suite d'une guerre, d'une révolution, le service de l'Enregistrement aura cessé de fonctionner. Mais nous n'admettrons pas la femme mariée, comme l'a fait un arrêt d'Orléans du 24 mai 1848, que nous avons cité plus haut, à prétendre que, par suite de la puissance et de l'autorité maritale, elle a été dans l'impossibilité de donner une date certaine aux engagements qu'elle a contractés avec son mari.

Ces principes nous donnent la solution de la difficulté qui s'élève quand deux actes sous seing privé constatant des droits dont l'existence simultanée est impossible ont été enregistrés le même jour. L'enregistrement dans ce cas ne pouvant avoir aucun effet, nous pensons que les parties devront être considérées comme ayant été dans l'impossibilité de satisfaire à l'art. 1328,et chacune d'elles pourra établir par témoins la date de son titre.

202. — Cependant il est une exception à l'art. 1328, qui, dans notre Droit, ne peut guère être justifiée que par une impossibilité morale de faire enregistrer. C'est ainsi que nous expliquons l'opinion généralement admise par la doctrine et la jurisprudence qui dispense les quittances de la date certaine.

Larombière a invoqué la disposition de l'art. 1240, aux termes duquel « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable. » Le paiement est donc toujours valable et libératoire pour le débiteur lorsqu'il est fait au véritable créancier. Laurent lui a répondu avec raison : « S'agit-il de la validité du paiement que le débiteur fait au cédant ? non, il s'agit de la preuve du paiement. On confond donc l'effet du paiement avec la date certaine de la quittance. L'erreur est si évidente qu'il est inutile d'y insister. » (Laurent, t. XIX, p. 365).

Les considérations d'équité sont les seules raisons que l'on puisse invoquer, pour soustraire les quittances à l'application de l'art. 1328 : il y a en quelque sorte impossibilité morale de faire enregistrer les quittances.

Comme le reconnaissent Aubry et Rau, le principe dans toute sa rigueur devrait être appliqué aux quittances : les cessionnaires, les créanciers qui ont formé une saisie-arrêt, sont des tiers ; on ne devrait donc pas pouvoir leur opposer les quittances qui n'ont pas date certaine. « Mais cette conséquence semble devoir être tempérée dans la pratique, en ce sens que les tribunaux peuvent, eu égard aux circonstances de la cause, admettre les quittances sous seing privé comme établissant suffisamment la libération du débiteur. Ce tempérament d'équité devrait surtout être admis, s'il s'agissait de quittances d'intérêts, de loyers ou de fermages, opposés au concessionnaire du capital ou à l'acquéreur des immeubles loués. (Aubry et Rau, t. VIII, § 756, p. 254 et s., n. 114).

203. — Nous admettons donc, volontiers par suite des nécessités de la pratique une exception, à l'art. 1328, en faveur des quittances. Mais nous ne dirons pas, comme le font tous les auteurs, qu'il en résulte que les quittances sous seing privé font foi de leur date contre les tiers, par elles-mêmes et indépendamment de toute preuve extrinsèque. L'exception à la nécessité de la date certaine était admise pour les quittances par un certain nombre d'auteurs dans notre ancien Droit, on peut penser que cette doctrine avait fini par triompher, et surtout qu'il était d'un usage constant dans la pratique de s'y conformer. Des motifs d'utilité pratique d'une gravité incontestable militent en faveur de cette solution : on peut dire que les quittances sont d'un usage trop fréquent pour qu'on puisse imposer à ceux qui les reçoivent l'obligation de les faire enregistrer. Mais on ne peut conclure de là que le débiteur qui présente une quittance, est dispensé de faire la preuve de la date de cette quittance. C'est ce qu'admettent la doctrine et la jurisprudence, quand elles disent que les quittances font foi par elles-mêmes de leur date contre les tiers. Nous avons

vu déjà plusieurs fois que la date d'un acte sous seing privé ne prouve pas que l'acte a été rédigé à l'époque qu'elle indique. Si cependant, à l'égard de certaines personnes, la date de l'acte est considérée comme étant l'époque de la rédaction, c'est parceque les souscripteurs et ceux qui ont été représentés par eux, sont tenus de respecter cette date qui est leur œuvre. Donc à l'égard de ceux qui sont restés étrangers à la rédaction de l'écrit, la date, *res inter alios acta*, ne peut avoir aucun effet. Lorsque, par conséquent, les auteurs disent que la date des quittances sous seing privé fait foi à l'égard des tiers, ils dispensent implicitement le débiteur de faire la preuve de la date de la quittance qu'il oppose.

Nous dirons, le débiteur doit prouver l'époque de la délivrance de la quittance qu'il invoque ; par une faveur fondée sur des motifs d'équité, ses moyens de preuve ne sont pas limités par l'art. 1328, il pourra donc user de la preuve testimoniale ; et si le juge tient compte de la date écrite sur la quittance, ce ne sera qu'à titre de présomption. Le cessionnaire, le créancier saisissant peuvent donc méconnaître les quittances qu'on leur oppose, tant que le débiteur n'a pas fait la preuve de l'époque où elles lui ont été délivrées, par témoins et par présomptions : dans notre opinion ils ne sont pas obligés d'abandonner le rôle de défendeur, et de prouver que les quittances sont frauduleuses.

204. — Même lorsqu'il a été possible aux parties de rédiger par écrit les faits qu'elles invoquent, la preuve testimoniale est quelquefois admise. Ces exceptions à l'art. 1341 vont nous fournir un certain nombre de cas où l'art. 1328 ne s'appliquera pas.

L'art. 1341 *in fine* dit : « le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. » D'après l'art. 109, C. com., la preuve testimoniale est admise, sans restriction, en matière commerciale. Nous disons donc : l'art. 1341 n'étant pas applicable aux faits de commerce, l'art. 1328 n'est pas applicable à la preuve de la date de ces faits, et la personne qui aura à prouver l'époque où l'écrit qu'elle présente a été rédigé, pourra, en l'absence des trois circonstances donnant date certaine aux écrits, user de tous les moyens de preuve que le Droit commercial met à la disposition des parties.

Ce n'est pas ainsi que s'expriment les auteurs : « Du reste, disent Aubry et Rau, la disposition de l'art. 1328 n'est pas rigoureusement applicable aux actes qui constatent des conventions ou opérations commerciales. Ainsi le juge peut, selon les circonstances, tenir pour vrai à l'égard des tiers la date de pareils actes, bien qu'elle ne soit pas devenue certaine par l'une des circonstances mentionnées dans cet article (t. VIII, p. 262). Cette décision, qui résume les idées généralement admises, est loin d'être précise. « L'art. 1328 n'est pas rigoureusement applicable... », qu'elle est la raison de cette liberté accordée aux juges ? dans quels cas devront-ils se montrer rigoureux ? Aubry et Rau ne le disent pas. « Les juges peuvent tenir pour vraie, à l'égard des tiers, la date de pareils actes. » A quel titre ? Ce sont des questions qui exigent une réponse.

205. — Les auteurs des *Traités de Droit commercial* n'ont pas saisi le lien qui unit, à notre avis, les art. 1341 et 1328. De même que la constatation par écrit de toutes les opérations commerciales, l'enregistrement est incompatible avec la rapidité du commerce. Pour cette raison, la preuve littérale n'est pas obligatoire en matière commerciale. Nous trouvons dans les solutions qu'ils donnent le défaut de netteté et de précision que nous avons reproché à Aubry et Rau. « Il ne faut pas appliquer sans modification à la jurisprudence commerciale, dit Pardessus, le principe qu'un acte qui n'a point acquis de date certaine ne fait pas foi contre les tiers ; la célérité des affaires commerciales ne saurait s'accomoder de ces formalités. » (*Cours de Droit commercial*, n° 246.) « Dans le Droit commercial, la sincérité des dates est présumée aussi longtemps qu'on n'en prouve pas la fraude qui fait exception à toute règle. » (Delamarre et Lepoitevin, n° 139). — « Les livres des parties qui, au moins lorsqu'il s'agit de commerçants, peuvent être consultés, servent suffisamment à déjouer les fraudes, en vue desquelles l'art. 1328 a été édicté. Les juges peuvent donc, selon les circonstances, tenir pour vraie, même à l'égard des tiers, la date de ces actes. (Lyon-Caen, *Précis de Droit comm.*, n° 607.)

Ainsi la date des actes sous seing privé constatant des opérations commerciales, prouverait à l'égard des tiers que ces actes ont réellement été rédigés à l'époque qu'elle indique.

206. — Massé a fait une très bonne critique de la doctrine admise : « ... Je ferai remarquer que cette unanimité en quelque sorte instinctive, ne se fonde sur aucun motif satisfaisant, ou du moins que si les vrais motifs existent en germe dans les opinions des auteurs et dans les arrêts des cours, ils n'y sont pas suffisamment développés. Il faut donc mettre ces motifs en évidence ; et cela est d'autant plus nécessaire que la disposition de l'art. 1328 étant de droit commun, le commerce ne peut pas arbitrairement s'y soustraire. » (Massé, *Droit comm.*, t. IV, n° 2435.) Mais l'explication qu'il donne lui-même est loin d'être satisfaisante : « L'art. 109 C. comm. en permettant de constater la généralité des contrats commerciaux par des preuves écrites ou verbales, non susceptibles d'enregistrement, les en dispense forcément.... Et comme un acte sous seing privé, non enregistré, quoique susceptible d'enregistrement, peut avoir autant de force qu'un extrait de la correspondance ou des livres qui n'en sont pas susceptibles, il faut en conclure que les contrats commerciaux peuvent avoir date à l'égard des tiers aussi bien lorsqu'ils sont constatés par acte sous seing privé non enregistré, que par un des autres moyens de preuve donnés par l'article 109. » (*eod. loc.*, n° 2435.) Massé nous paraît raisonner ainsi : l'enregistrement suppose l'existence d'un écrit, certains écrits, admis comme preuves par l'art. 109, ne se prêtent pas à cette formalité, puisque les actes sous seing privé sont mis, comme moyens de preuve, sur la même ligne que le témoignage et les livres de commerce, ils ne doivent pas non plus être nécessairement enregistrés pour faire foi à l'égard des tiers.

Rien n'indique que le législateur ait accordé même confiance à tous les moyens de preuve qu'il a énumérés dans l'art. 109. Est-il même possible d'assimiler quant aux garanties de sincérité de la date, les actes sous seing privé ordinaires, le livre journal, le livre de copie de lettres ?

Cet auteur a peut-être vu le lien qui unit la preuve littérale obligatoire et l'application de l'art. 1328, mais cette vue est certainement très-superficielle.

207. — Nous reprocherons à Massé, comme à tous les auteurs d'avoir conclu de la non-application de l'art. 1328 que la date, mise par les parties sur les actes sous seing privé, prouve réellement, à l'égard des tiers, le jour où ces actes ont été rédigés. Un arrêt de la Cour de cassation dont les motifs, par exception en cette matière, sont nets et développés, n'est pas tombé dans cette erreur : « Attendu qu'en thèse générale, l'art. 1328 ne doit pas recevoir en ce qui concerne les écritures de commerce, une application nécessaire et absolue ; *que si la preuve des conventions elles-mêmes ne subit pas, en matière de commerce, les dispositions restrictives qui appartiennent au droit civil, il n'en saurait être autrement de leur date;* que si cette date est contestée par les tiers auxquels ces conventions sont opposées, il est dans le pouvoir des juges de la vérifier et de la constater d'après les règles et dans les formes propres aux matières et à la juridiction commerciales ; qu'en fait de commerce, la tenue régulière des livres et la correspondance permettent, notamment, d'atteindre par une autre voie, mais aussi sûrement, le but que le législateur s'est proposé, pour les actes du droit commun, dans l'art. 1328 du C. Nap... » (arr. de Cassat., Ch. civ., 21 avril 1869 ; D. 69, I, 407.)

Nous admettons complètement les termes de cet arrêt, car ils déclarent que la date des actes sous seing privé n'a, de plein droit, aucun effet à l'égard des tiers, en matière commerciale comme en matière civile : si donc l'art. 1431 n'est pas applicable à la preuve des actes commerciaux, l'art. 1328 n'est pas applicable à leur date, qui, comme les actes eux-mêmes, pourra être établie par les moyens de preuve indiqués par l'art. 109. Ce que nous tenons à bien montrer, c'est que celui qui oppose devant une juridiction commerciale un acte sous seing privé daté, n'a pas satisfait à la nécessité de prouver l'acte juridique qu'il invoque, qu'il a encore à prouver la date de cet acte juridique par des moyens extrinsèques à l'acte sous seing privé.

208. — En fait, nous nous empressons de le remarquer, notre solution ne paraîtra pas différer beaucoup de celle donnée par la jurisprudence et les auteurs : la preuve testimoniale étant admise, les présomptions le sont aussi, et la partie, qui a à faire la preuve de l'époque où a été rédigé son acte sous seing privé, pourra présenter au juge la date de cet acte sous seing privé lui-même, pour qu'il en tire une présomption. Si le juge tient compte de cette date, on pourra dire, avec un semblant de raison, que cette date fait foi à l'égard des tiers : mais cette proposition n'est exacte qu'en apparence, car cet effet à l'égard des tiers n'a lieu que parce que le juge le veut bien, ce n'est pas la foi qui s'impose et, de plein droit, met celui à l'égard de qui elle a lieu, dans l'obligation de s'incliner ou de faire la preuve contraire.

209. — Un dernier point nous reste à traiter avant de quitter le droit commercial : Pour la preuve de certains actes commerciaux, la loi exige un écrit, dans ces cas l'art. 1328 est-il applicable ? M. Boistel se contente de dire que certains auteurs admettent l'application de l'art. 1328 pour les actes sous seing privé constatant ces actes commerciaux, mais qu'il n'en voit aucune bonne raison (Boistel. *Cours de Droit comm.* n° 440 n. 5) MM. Massé et Lyon-Caen ont donné, il nous semble, la véritable raison à l'appui de cette solution : « Dès l'instant où la loi exige un écrit pour la constatation d'une opération commerciale, elle reconnaît par cela même qu'il n'y a pas lieu de déroger aux règles de droit civil sur les preuves en ce qui concerne cette opération. Il y a pour nous, dans une pareille disposition de la loi commerciale, un renvoi implicite aux art. 1325, 1326 et 1328.... Lyon-Caen : *Précis*, n° 608). Il semble en effet naturel de considérer les art. 37 et 195 C. com. exigeant la rédaction d'un écrit, comme de simples rappels de l'art. 1341, et pour nous, qui considérons l'art. 1328 comme une conséquence de la proscription de la preuve par témoins, la solution de cette difficulté se déduit naturellement.

210. — D'après l'art. 1347, les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale reçoiventen core exception, lorsqu'il existe

un commencement de preuve par écrit. Pour la définition du commencement de preuve, nous nous en tiendrons aux termes de l'art. 1347 lui-même. L'acte juridique énoncé dans un écrit faisant commencement de preuve peut être prouvé par témoins : comme on ne peut concevoir un fait détaché du temps où il a existé, la preuve testimoniale pourra être employée pour établir à la fois l'acte juridique et le moment où il a été formé.

Larombière se prononce nettement pour l'application de l'art. 1328 à l'écrit faisant commencement de preuve : « Quant aux conditions sous lesquelles les actes sous seing privé acquièrent date certaine à l'égard des tiers, en tant qu'ils sont considérés comme formant un commencement de preuve par écrit, elles sont exactement les mêmes que s'ils étaient appelés à faire une foi complète. » (Art. 1347, n° 25.)

Larombière ne donne aucune raison à l'appui de cette affirmation. Mais s'il résulte de la preuve par témoins de l'acte juridique qu'il a été formé à une époque antérieure à la date certaine, que décidera-t-on ? L'acte juridique sera-t-il considéré comme existant du jour de la date certaine, ou du jour de la date prouvée par témoins.

Laurent se fondant sur ce que « la règle de l'art. 1328 est de l'essence de toute écriture privée », admet la même solution que Larombière (Laurent, t. XIX n° 498). Cependant au n° 2 1 1 du même volume, il exprime l'opinion contraire pour les lettres missives. « Le texte de la loi, dit-il, ne parle que des actes sous seing privé, c'est-à-dire des écrits qui ont été dressés pour constater un fait juridique ; or, les lettres ne sont pas des actes. » Si une lettre n'a pas été rédigée dans le but de faire preuve, si elle ne constitue pas un acte sous seing privé, il est difficile de la considérer autrement que comme un commencement de preuve par écrit. Comment alors concilier ces deux décisions de Laurent?

Nous avons ainsi déterminé les exceptions à l'application de l'art. 1328 qui résultent des rapports que nous avons reconnus entre cet article et la prohibition de la preuve testimoniale.

211. — D'autres conditions sont encore mises à l'application de l'art. 1328 par la plupart des auteurs. Ainsi on se demande, s'il n'est pas nécessaire d'être de bonne foi pour pouvoir invoquer l'art. 1328.

Si nous admettions la possibilité, pour la date des actes sous seing privé, de faire foi à l'égard des tiers comme à l'égard des parties ; que l'art. 1328, faveur législative, a pour but de protéger certaines personnes contre certaines fraudes, nous pourrions décider que la bonne foi est nécessaire pour pouvoir se prévaloir de la qualité des tiers.

Si comme, on le dit, la loi a voulu, au moyens de ces dispositions, protéger la bonne foi des tiers contre le danger des antidates frauduleuses, qu'il est facile de commettre par des actes sous seing privé passés après coup ; si le tiers a contracté en connaissance de l'acte privé antérieur dont on se prévaut contre lui, s'il a su, par exemple, que son auteur avait déjà vendu à un autre la même chose dont il lui a plus tard consenti l'aliénation, il pourra prétendre demeurer propriétaire à l'exclusion du précédent acquéreur : « Il ne pourra invoquer la protection de l'art. 1328, parce qu'elle n'est pas due au dol, ni à la fraude. » (Larombière, art. 1328, n° 39.)

212. — Quoique Laurent reconnaisse, dans l'art. 1328, la consécration d'un droit et non une simple mesure de protection, il donne la même solution en la justifiant, il est vrai, par d'autres motifs. Il répond à quelques arrêts (Toulouse, 7 juillet 1831, Grenoble, 9 mai 1833) qui n'ont pas tenu compte de la mauvaise foi du tiers, parce que l'art. 1328 est limitatif dans son énumération des cas où l'acte sous seing privé a date certaine : « On objecte, et c'est le seul argument que l'on trouve dans les arrêts, que reconnaître date certaine à l'acte sous seing privé à l'égard de celui qui en connaissait l'existence, c'est ajouter à l'art. 1328 un quatrième cas dans lequel l'acte sous seing privé acquiert date certaine contre les tiers ; tout tiers pourra rejeter l'acte comme n'ayant point date contre lui. Il n'y a que le tiers qui connaissait l'acte que l'on peut repousser par une exception de dol, s'il veut

se prévaloir de l'incertitude de la date, alors qu'il en connaissait l'existence (Laurent, t. XIX, p. 316.)

213. — Si nous admettions que la mauvaise foi du tiers peut avoir effet sur l'application de l'art. 1328, nous n'en conclurions que la date de l'acte sous seing privé devient certaine à l'égard du tiers (la mauvaise foi de cette personne ne peut donner à cette date l'effet probant qu'elle n'a pas) ; nous dirions puisque l'art. 1328 ne s'applique pas, la preuve de l'époque où l'écrit a été rédigé pourra être prouvée par témoins.

214. — Laurent ne dit pas d'une façon absolue que la date écrite par les parties devient certaine à l'égard du tiers de mauvaise foi, mais que dans ce cas le droit d'invoquer la qualité de tiers est paralysé par une exception de dol. Nous admettons qu'il ne soit pas très honnête de prétendre être devenu propriétaire d'une chose quand, en achetant, on a su qu'elle n'appartenait plus au vendeur. Mais il ne s'agit pas de cela. Quand la même chose a été vendue successivement à deux personnes, l'acquéreur qui se prétend premier en date, doit prouver l'antériorité de la date de son acquisition. L'acte sous seing privé ne peut faire cette preuve. Elle doit être établie par l'une des trois circonstances indiquées par l'art. 1328 ou par témoins. Alors la question est celle-ci : quand le tiers a eu connaissance de l'acte juridique qu'on lui oppose, les règles prohibitives de la preuve testimoniale reçoivent-elles exception.

215. — Par suite d'une confusion l'art. 1348 paraîtra peut-être permettre de donner une réponse affirmative à cette question : il a été impossible à la partie de se ménager une preuve écrite de la connaissance que le tiers a eue de l'acte sous seing privé. Mais on confond ainsi la preuve de la date des actes écrits et la preuve de la fraude d'un tiers. Cette deuxième preuve pourra être faite par témoins, si l'on veut établir le fondement d'une action en dommages-intérêts, mais pour la première preuve l'art. 1328 s'appliquera s'il a été possible à la partie de faire enrégistrer son écrit.

On pourra encore nous objecter que de la preuve de la mauvaise foi du tiers résulte nécessairement la preuve de l'existence de

l'écrit au moment où le tiers en a eu connaissance. Nous répondrons que la mauvaise foi du tiers peut résulter de sa connaissance de l'acte juridique indépendamment de la constatation de cet acte par écrit : et alors l'impossibilité d'admettre la doctrine que nous combattons apparaît clairement. Si l'on admet que la bonne foi est nécessaire pour pouvoir invoquer l'art. 1328, il faudra admettre dans ce cas la preuve par témoins non seulement de la date, mais encore de l'acte juridique lui-même.

La violation de l'art. 1341 est dans ce cas manifeste, elle n'existe pas moins quand il s'agit simplement de prouver la date : car la mauvaise foi du tiers n'empêche pas que l'on ait été dans la possibilité de donner à l'acte sous seing une date écrite conformément à l'art. 1328.

216. — Nous pouvons faire encore une autre objection à la doctrine qui exige la bonne foi pour pouvoir invoquer l'art. 1328 : dans cette doctrine, que l'on donne comme date à l'acte sous seing privé le jour où le tiers a eu connaissance de cet acte, ou, que la mauvaise foi prouvée, on admette la preuve par témoins du jour de la rédaction, dans tous les cas l'écrit n'aura plus nécessairement une seule date à l'égard des tiers. Or, nous avons vu qu'il n'est pas admissible que l'écrit, qui a effet *erga omnes*, n'ait pas *erga omnes* une date uniforme.

217. — L'art. 1328 est placé au Liv. III, tit. III, ch. VI du Code civil sous la rubrique « De la preuve des obligations et de celle du paiement », faut-il en conclure qu'il ne peut être appliqué à une autre matière qu'à celles des obligations, qu'il ne peut notamment servir à fixer la date des donations conformément à l'art. 923 ? Cela suppose évidemment admis qu'une donation peut être constatée par acte sous seing privé, c'est-à-dire que les donations manuelles et les donations déguisées sont valables.

Cette question a été particulièrement discutée à la suite de deux arrêts de la Cour de Caen du 25 mai 1875 et du 28 mai 1879, qui ont décidé que l'art. 1328 ne peut s'appliquer en dehors de la matière des Obligations.

Nous repoussons avec M. Guillouard et la majorité des auteurs,

cette limitation à l'application de la théorie des preuves contenue dans le Liv. III du Code civil. Pour faire écarter une telle doctrine, il suffit, comme l'a fait M. Guillouard, d'en montrer les conséquences. Si cette interprétation étroite était admise, les juges seraient dans un grand embarras pour déterminer les règles de la preuve en matière de droits réels, de droit de famille,... etc... Le Code civil ne s'est occupé de la preuve qu'à propos des obligations et dans toutes les autres parties du droit, la jurisprudence devrait créer elle-même les règles de la preuve, indiquer la valeur de l'acte authentique, de l'acte sous seing privé, dire ce qu'il faut entendre par commencement de preuve par écrit..... Ce qu'il faut dire, c'est que le législateur a manqué de méthode, a mal distribué les matières du Code civil..... (V. Guillouard, *Revue critique*, 1879, p. 307 et s.) Nous devons donc accepter sans réserve ce que dit Demolombe : « La théorie des preuves embrasse évidemment tout ce qui concerne la formation et l'extinction des droits, soit personnels, soit réels, qui forment le domaine de la législation civile. Or, les auteurs de notre Code en ont posé toutes les règles dans ce chapitre et ils ne s'en sont occupés nulle part ailleurs. Il est donc nécessaire d'admettre qu'ils ont entendu que ces règles sur le système des preuves étaient générales, et qu'elles s'appliquaient à tous les actes ou faits juridiques d'où peut résulter la formation, la modification ou l'extinction des droits. Autrement nous serions, en dehors des termes si restrictifs de la rubrique de ce chapitre, absolument dépourvus de règles législatives. » (Demolombe, *Traité des contrats*, t. VI, p. 181.)

218. — L'art. 1328, en matière civile, est donc applicable à tous les actes sous seing privé, quels que soient les droits qu'ils constatent. Nous avons vu que le testament olographe est un écrit d'une nature spéciale, il n'en est pas moins un acte sous seing privé (art. 999) : dirons-nous que le testament olographe n'a date à l'égard des tiers que dans les trois circonstances énoncées par l'art. 1328 ?

Pour nous, la date écrite sur le testament olographe ne prouve pas et ne peut pas prouver l'époque où l'écrit a été rédigé. (V. n° 174 et s.)

219. — Une personne décède en état de démence ou frappée d'interdiction ; elle laisse un testament olographe. A quelle époque ce testament a-t-il été écrit? avant ou après l'état de démence, avant ou depuis la sentence d'interdiction? La détermination de l'époque où un testament a été fait peut être conçue de deux façons : le légataire qui invoque le testament olographe devra prouver que le testateur l'a écrit pendant qu'il était capable ; ou bien, ce sera à l'héritier légitime, qui prétend que le testament a été fait en temps d'incapacité, à faire la preuve de son allégation. Alors une première question doit être résolue : Quand un testament olographe est présenté, est-il présumé valable, par conséquent fait par le testateur à une époque où il était capable ? Si le testament est régulier en la forme, il constitue une manifestation de la volonté de tester. Cela ne suffit-il pas pour établir le droit du légataire? Mettre à sa charge la preuve de la capacité du testateur serait frapper le testament d'une présomption de nullité. Est-ce juridiquement possible ?

C'est donc à l'héritier qui prétend que le défunt était incapable de tester, quand il a écrit le testament qu'on lui oppose, à faire la preuve de son allégation. Mais s'agit-il alors de la preuve de la date du testament, de l'époque exacte où le testament a reçu sa perfection de la main du testateur? Nullement. Il suffira à l'héritier de démontrer la coïncidence de la confection du testament et de l'état d'incapacité du testateur, et pour cela il n'est pas nécessaire de connaître d'une façon précise le jour où le testament a été écrit. L'héritier pourra faire cette preuve en toute liberté par témoins et par présomption, sans qu'il ait préalablement à détruire comme le veulent les auteurs et la jurisprudence, les effets probants de la date écrite sur le testament, puisque ces effets sont absolument nuls.

220. — Nous avons déjà vu que les effets obligatoires de l'écrit que la loi prescrit de dresser ou de faire dresser, devaient nécessairement cesser toutes les fois que la loi a intérêt à connaître la vérité. De là nous avons conclu que chaque fois que, par l'indication d'une date inexacte, il est possible de commettre une

fraude à la loi, la loi n'a pu reconnaître aucun effet à la date d'un acte sous seing privé.

221. — Il nous semble que la loi, dans l'art. 1558 al. 3, a fait une simple application de ces principes. On oppose généralement ce texte à l'art. 1410, et on se demande comment il se fait que l'acte sous seing privé ne fasse pas foi de sa date contre la femme dotale, comme il en fait foi contre la femme mariée sous le régime de communauté. Il y a évidemment, dit-on, exception à toutes les règles du droit commun : mais le législateur a décidé ainsi, il faut s'incliner devant sa volonté.

On ne remarque pas que le législateur a décrété l'inaliénabilité des biens dotaux d'une façon absolue, et qu'il ne pouvait, à moins de donner lui-même un moyen facile de violer ses dispositions prohibitives, reconnaître l'existence de la date mise sur les actes sous seing privé signés par la femme dotale. Pour nous, le législateur n'a donc pas dérogé aux principes généraux du droit en n'assimilant pas sur ce point la femme dotale à la femme commune en biens.

L'acte sous seing privé signé par une femme dotale et constatant une obligation à sa charge, ne détermine pas l'époque où cette obligation a été contractée : mais cela devait-il conduire nécessairement le législateur a exiger du créancier la preuve que la femme était capable lorsqu'elle s'est obligée? Est-ce au créancier à faire preuve de la capacité du débiteur, n'est-ce pas plutôt le débiteur qui doit prouver son incapacité.

Nous expliquerons la nécessité de la date certaine en disant : Par suite de l'inaliénabilité, les biens dotaux ne font plus en réalité partie du patrimoine de la femme dotale ; mais ils en ont fait partie, ils ont été le gage de ses créanciers antérieurs à son contrat de mariage. Au jour du contrat il y avait donc pour ces créanciers un droit acquis sur ces biens, une clause de ce contrat n'a pu faire disparaître ce droit. Ils peuvent donc toujours l'invoquer, mais il faut qu'ils en prouvent l'existence : qu'ils établissent non seulement que la femme s'est obligée, mais qu'elle s'est obligée antérieurement à son contrat. La première preuve est

faite par l'écrit, la seconde ne peut être administrée que conformément à l'art. 1328.

N° 2. — *Principaux cas d'application de l'art. 1328* (1).

222. — Nous connaissons les conditions nécessaires pour qu'une personne puisse se prévaloir de la qualité de tiers à un acte écrit.

Nous savons dans quelles limites les tiers à un écrit peuvent exiger que la preuve de l'existence dans le temps de cet écrit, soit faite à leur égard non par témoins, mais conformément à l'art. 1328.

Il nous reste à examiner dans quels cas cette qualité, d'abstraite et indifférente, devient une réalité légale susceptible d'effets. Pour cela, il nous faut étudier les rapports de droit qui sont la source de l'intérêt qu'une personne peut avoir à se prévaloir de la qualité de tiers, et à repousser, à ce titre, les actes sous seing privé qui n'ont pas date certaine.

223. — Il nous a paru admis par la jurisprudence et la grande majorité des auteurs, que le but essentiel de l'art. 1328 était de régler le conflit de deux personnes qui se prétendent l'une et l'autre ayant cause particulier relativement à une même chose : ainsi la Cour de Caen a répondu aux héritiers et donataires, qui prétendaient que la date des donations manuelles et déguisées devait être déterminée conformément à l'art. 1328, que cet article est applicable au cas où un droit est prétendu par plusieurs personnes sur une même chose, et non à celui où il s'agit de droits distincts sur des choses essentiellement différentes.

224. — L'application de notre article n'est pas limitée au conflit de deux personnes qui invoquent des droits inconciliables sur une même chose. Aussi grouperons-nous en deux sec-

---

(1) Nous n'avons voulu dans cette partie de notre travail qu'indiquer le mécanisme de l'application de notre théorie.

tions et non en une seule, les cas où un tiers a un intérêt légitime à exiger une date certaine.

Dans une première section, nous examinerons les cas ou le tiers à l'écrit défend les droits qu'il prétend avoir sur une chose.

Dans les hypothèses que nous étudierons dans une deuxième section, il n'est plus question de droits sur une chose, mais le tiers est intéressé à exiger une date certaine, parce que, de la détermination de la date de l'acte juridique constaté dans l'écrit, dépend l'existence ou la non-existence, à sa charge, d'une obligation.

SECTION I.

225. — Par droits sur une chose, nous entendons les divers droits réels que l'on peut acquérir : droit de propriété, droits réels de servitude, droit d'hypothèque, droit de gage.... nous entendons aussi le droit qui appartient au créancier par suite de l'exercice du droit de saisie sur un meuble corporel, un immeuble, une créance.

226. — Quand une personne croit avoir un droit de propriété ou un droit réel sur une chose, elle a intérêt à invoquer sa qualité de tiers quand on lui oppose des écrits constatant l'acquisition, sur la même chose, de droits incompatibles avec l'existence de ceux dont elle se prétend investie. Le Code civil lui-même et des lois postérieures ont beaucoup restreint l'application de l'art. 1328 dans cette hypothèse.

D'après les art. 939 et 941 C. civ., les donations de biens susceptibles d'hypothèque, ne sont opposables aux personnes intéressées à les méconnaître que du jour de la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés. Le contrat d'hypothèque doit être constaté par acte authentique. D'après les art. 2108, 2109, 2110, 2111, 2134, les privilèges et les hypothèques ne sont opposables aux tiers

que par l'inscription ou la transcription. Depuis la loi du 23 mars 1855, les actes translatifs de propriété ou de droits réels immobiliers, pour être opposables aux tiers, doivent être transcrits sur les registres du conservateur des hypothèques. (art. 1 et 3.)

227. — La question de la date en matière d'aliénation de droits immobiliers ne conserve donc d'intérêt que dans l'hypothèse peu pratique où, ni le tiers, ni celui qui conteste ses droits, n'ont transcrit.

L'art. 1328 recevra encore application si le tiers se trouve en présence d'un créancier hypothécaire dont le rang tient non à la date de l'inscription, mais à la date du titre qu'il invoque : la femme mariée a hypothèque sur les biens du mari pour les dettes contractées pendant le mariage, à compter du jour de l'obligation. Ce n'est pas l'inscription, l'hypothèque de la femme en est dispensée, c'est la date de l'obligation qui fixe le rang de la femme : cette date devra être établie vis-à-vis du tiers, conformément à l'art. 1328.

228. — La transcription étant de nulle considération quand il s'agit de personnes ne tenant pas leurs droits du même auteur (Montpellier, 8 novembre 1881, S. 84, 2, 169), le titre du possesseur de bonne foi peut fonder la prescription de dix à vingt ans indépendamment de toute transcription. Mais le propriétaire tiers à ce titre peut exiger qu'il ait date certaine depuis dix à vingt ans. Pothier, au *Traité de la prescription*, n° 99, n'oblige le possesseur qu'à la preuve par témoins du temps qu'a duré la possession qui a procédé du juste titre.

229. — Comme pour les droits immobiliers, en ce qui concerne les meubles corporels, la preuve de la date des actes sous seing privé n'a qu'une importance secondaire. En effet, si le meuble vendu a été livré à un acheteur de bonne foi, cet acheteur, devenu propriétaire, est préféré à tout autre acheteur, même antérieur en date. C'est ce que décide l'art. 1141 qui est considéré comme une application de l'art. 2279. La date d'un acte constatant une vente de meuble corporel ne sera prise en considération que dans les deux cas suivants :

Lorsque le meuble vendu n'aura été livré ni au tiers, ni à la

personne qui invoque un acte sous seing privé de vente contre le tiers : le principe de l'art. 2279 étant hors de cause, l'art. 1328 redevient applicable.

Lorsque l'acheteur mis en possession aura eu connaissances de l'acquisition faite par un premier acheteur, il ne peut invoquer l'art. 1141. Le conflit entre le tiers et l'acheteur qui lui oppose un acte sous seing privé sera réglé par la date des titres prouvée conformément à l'art. 1328.

230. — Le créancier gagiste doit, aux termes de l'art. 2074, faire enregistrer son titre. Est-ce une simple application de l'art. 1328 ? On admet généralement que la formalité de l'enregistrement n'est pas indispensable, qu'il suffit que l'écrit constatant une constitution de gage ait acquis date certaine.

Pour que l'art. 1328 reçoive application dans ce cas, il faut que le fait de la possession ne fixe pas les droits des créanciers (art. 2071). Il en est ainsi quand la chose est remise à un tiers (art. 2076). Dans certains cas, la mise en possession d'un créancier n'empêche pas la mise en possession d'un autre créancier : ainsi la jurisprudence a admis que la remise des clefs du magasin où sont enfermées les marchandises constitue une mise en possession suffisante pour servir de base au privilège du gagiste (Aix, 21 février 1840. S. 50. 2. 270 ; Bordeaux, 26 mai 1873. S. 74. 2. 5). Si à l'aide de doubles clefs, une telle mise en possession est effectuée au profit de deux créanciers, c'est la date certaine des titres qui déterminera celui qui doit être préféré.

231. — Supposons que le tiers soit cessionnaire d'une créance, s'il se trouve en conflit avec un autre cessionnaire ou avec un créancier qui a reçu en gage la même créance, il n'aura pas à invoquer l'art. 1328, mais les art. 1690 et 2075, qui décident que le transport ou la remise en gage d'un bien incorporel n'est opposable aux tiers, que du jour de la signification faite au débiteur, ou de son acceptation dans un acte authentique. Mais il peut encore avoir à se défendre contre des actes sous seing privé constatant non pas des aliénations partielles ou totale de la créance qui lui a été cédée, mais la libération du débiteur. Nous

avons vu que l'art. 1328 n'est pas applicable aux quittances, que le tiers ne peut exiger la preuve de la date de ces écrits que par témoins ou par présomptions. Mais cette exception, qu'il est difficile de justifier, ne doit pas être étendue aux écrits constatant la libération du débiteur autrement que par un paiement pur et simple.

Nous pensons que le tiers pourra exiger que les quittances constatant des paiements faits par anticipation aient date certaine. L'impossibilité morale de faire enregistrer, qui est la raison de la non application de l'art. 1328, n'existe pas dans ce cas : « Que le débiteur ne songe pas à enregistrer les quittances ordinaires, cela se conçoit, mais quand il paie ce qu'il ne doit pas, il doit s'attendre à ce que le paiement soit contesté : la plus simple prudence lui commande donc d'assurer une date certaine à la quittance qu'il reçoit. » (Laurent, t. XIX, p. 369). Larombière décide que la quittance constatant un paiement anticipé ne fait pas foi de sa date et que le débiteur ne peut s'en prévaloir qu'en justifiant de la sincérité de sa date. C'est, comme nous l'avons fait, admettre la preuve par témoins de la date de l'écrit, chaque fois que la date certaine ne peut être exigée.

De même, la quittance dans laquelle le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur, (art. 1250, 1°), doit avoir date certaine pour être opposable au cessionnaire de la créance. Il en serait de même si le tiers n'était pas cessionnaire de la créance, mais subrogé lui aussi aux droits du créancier. (Aubry et Rau, t. IV, § 325, n. 8. — *Contrà* : Larombière, art. 1250, n° 36.)

L'application de l'art. 1328 ne peut être douteuse, quand l'écrit constate non un paiement, mais une remise de dette, une novation, une cause de compensation.

232. — Supposons maintenant que la défense du droit acquis sur une chose par suite d'une saisie immobilière, d'une saisie-exécution, d'une saisie-arrêt, d'une déclaration de faillite, soit la source de l'intérêt pour le tiers, à exiger que la date des actes

sous seing privé qu'on lui oppose soit prouvée à son égard conformément à l'art. 1328.

233. — Nos solutions sur l'application de l'art. 1328, n'ont pas contredit jusqu'à présent celles données par les auteurs et la jurisprudence. Il ne pouvait en être autrement : nous avons considéré le tiers dans la situation d'un ayant cause particulier, nous l'avons supposé acquéreur de droits réels mobiliers ou immobiliers, cessionnaire d'une créance, et la doctrine et la jurisprudence déclarent que le mot tiers de l'art. 1328 désigne les ayants cause particuliers.

On hésite à admettre que le créancier chirographaire soit tiers aux actes souscrits par son auteur. Aubry et Rau disent que les actes sous seing privé font foi de leur date à l'égard des créanciers des parties, s'ils ne font pas valoir des droits distincts de ceux de leur débiteur. Il est évident, dit Demolombe, que les créanciers, en tant qu'ils agissent du chef de leur débiteur, comme exerçant ses droits, dans les termes de l'art. 1166, ne peuvent être que ses ayants cause. D'après Larombière les créanciers chirographaires ne sont tiers que lorsqu'ils exercent des droits qu'ils tiennent de la loi. Pour Laurent, la question n'est pas douteuse : les créanciers sont des tiers puisqu'ils ne figurent pas au contrat qu'on leur oppose ; d'autre part, il y a danger qu'on l'antidate à leur préjudice ; ils doivent donc avoir le droit d'opposer à ceux qui invoquent contre eux une convention qui leur est préjudiciable, que l'acte qui la constate n'a point de date certaine. Enfin dans tous les arrêts on rencontre la formule suivante : les créanciers chirographaires agissant en cette seule qualité, sans faire valoir de droits particuliers distincts de ceux que cette qualité leur confère sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, doivent, en règle générale, et le cas de fraude excepté, être considérés comme des ayants cause, et non comme des tiers.

Ces décisions paraissent très claires, très simples : mais il serait insensé d'espérer en tirer la solution des conflits qui peuvent s'élever entre un créancier et une personne qui lui oppose des écrits sous seing privé constatant des actes juridiques qui lui sont préjudiciables.

234. — La situation du créancier chirographaire vis-à-vis des actes sous seing privé signés par son débiteur, est nettement définie, quand on a soin de distinguer le droit à la qualité de tiers et l'intérêt légitime à invoquer le droit à la qualité de tiers. Les créanciers chirographaires n'ont participé à la rédaction des actes écrits émanés de leur auteur, ni par eux-mêmes, ni par représentation : ils ont donc droit à la qualité de tiers. Quand cette qualité cessera-t-elle d'être abstraite et indifférente ? Dans quelles circonstances deviendra-t-elle une réalité légale ? Dans quels cas les créanciers chirographaires auront-ils intérêt légitime à l'invoquer ? C'est une autre question qui demande une étude des rapports que le créancier chirographaire peut avoir avec les personnes qui ont contracté avec son débiteur.

235. — En vertu de l'art. 1166, tout créancier peut exercer au nom et du chef de son débiteur, les droits de ce dernier. Le but de cette disposition est de permettre au créancier de conserver l'intégrité de son gage, en faisant aux lieu et place du débiteur les actes que celui-ci aurait dû faire. C'est ainsi qu'il fera rentrer dans le patrimoine du débiteur des biens qui n'en sont pas définitivement sortis et qui peuvent y être replacés, soit au moyen d'une action en revendication, soit au moyen d'une action en nullité ou en résolution. Le créancier pourra encore demander le partage d'une succession au nom de son débiteur, poursuivre les débiteurs de son débiteur.....

. Les actes produits par les personnes contre lesquelles le créancier agit, doivent-ils avoir date certaine ? Ainsi on oppose à son action en revendication une transaction ou une vente antérieure ; à sa demande en nullité une renonciation du débiteur à cette nullité... Les écrits sous seing privé constatant ces conventions doivent-ils avoir date certaine. Non, disent tous les auteurs. Dans l'hypothèse de l'art. 1166, l'acte sous seing privé émané du débiteur fait foi de sa date contre le créancier. Celui-ci, en effet, exerçant les droits et actions du débiteur, agit en son nom, le représente : on peut donc lui opposer les mêmes moyens de preuve, les mêmes titres qu'au débiteur lui-même.

Pour nous, il y a une raison péremptoire pour ne pas appliquer ici l'art. 1328 : chaque fois que le créancier n'agit qu'en vertu de l'art. 1166, qu'il se borne à exercer les droits et actions du débiteur, il n'a aucun intérêt à exiger que la personne contre laquelle il agit, fasse la preuve de la date de son titre. S'il ne peut être question de prouver la date, il ne peut être question de la date certaine.

Certains auteurs, tout en disant que la date des actes sous seing privé fait foi à l'égard du créancier exerçant les droits que lui donne l'art. 1166, ajoutent qu'un pareil système n'est pas sans danger, et qu'au moyen d'une antidate, le débiteur pourra mettre à peu près à néant la procédure entamée par le créancier.

Le débiteur devient-il incapable d'aliéner un des droits qui composent son patrimoine, par ce seul fait que ce droit est exercé par un de ses créanciers ? Non : tous les auteurs disent que l'exercice du droit que l'art. 1166 confère au créancier, ne constitue qu'un acte conservatoire. Le débiteur peut donc disposer de ses droits, et pendant qu'un de ses créanciers les exerce, et après qu'il les a exercés. La preuve de la date des actes sous seing privé dans cette hypothèse ne présente donc aucun intérêt.

236. — Il en est autrement lorsque le créancier chirographaire se trouve placé dans une situation telle, vis-à-vis d'un des biens de son débiteur, que celui-ci ne peut plus porter atteinte à un droit qu'il a acquis sur ce bien : alors le créancier, tiers aux actes sous seing privé qui constatent des actes de disposition de ce bien, a intérêt légitime à ce que la date de l'écrit lui soit démontrée.

237. — Quand le créancier poursuit l'expropriation des immeubles de son débiteur, il peut se trouver en contact avec des personnes à qui des droits réels ont été constitués sur cet immeuble. L'art. 686 du Code de procédure décide formellement que la vente qui n'a pas une date certaine antérieure à la transcription de la saisie n'est pas opposable au créancier saisissant. Celui-ci pourra également exiger la preuve certaine de la date de tout autre acte qui diminuerait la valeur vénale de l'immeuble saisi.

Après le procès-verbal de saisie-exécution, le débiteur ne peut plus aliéner au préjudice du créancier, ni faire aucun acte qui l'entraverait dans sa marche, et l'empêcherait d'arriver à la liquidation de son gage. Les actes sous seing privé constatant l'aliénation des objets saisis doivent donc avoir une date prouvée antérieure au procès-verbal de saisie, conformément à l'art. 1328.

Si la revendication d'un objet saisi était fondée non sur un acte d'aliénation émanant du saisi, mais sur d'autres titres de propriété (art. 608 C. pr. civ.), on ne devrait pas exiger que ces actes aient une date certaine antérieure à la saisie. Il en serait ainsi, dans l'hypothèse où l'objet revendiqué aurait été antérieurement confié au saisi, à titre de dépôt ou de commodat. La raison de décider ainsi n'est pas que, si, pour pouvoir déposer en toute sûreté un objet mobilier, il fallait avoir en main des titres de propriété ayant date certaine, beaucoup de personnes se verraient privées des avantages de ce contrat. Les titres de propriété du déposant ne sont pas en jeu, il suffit que le déposant établisse que le débiteur ne détient la chose qu'à titre de dépositaire. Comme l'époque où le dépôt a été fait importe fort peu, le créancier n'a aucun intérêt à exiger que l'acte constatant ce contrat ait une date certaine.

238. — La saisie-arrêt met aussi obstacle à ce qu'aucun acte préjudiciable aux intérêts du créancier saisissant soit fait relativement à la chose saisie : le tiers saisi ne peut se dessaisir, et ne peut être dessaisi des objets saisis.

Nous n'avons toujours pas à nous demander, comme le font les auteurs, particulièrement dans cette hypothèse, si le créancier saisissant est un tiers relativement aux écrits constatant des actes de disposition de la chose saisie. Déterminons simplement les cas où le créancier a intérêt légitime à exiger une date certaine.

Postérieurement à l'exploit de saisie-arrêt, le tiers saisi ne peut plus se libérer d'une manière quelconque au préjudice du créancier, si la demande en validité a été formée et dénoncée dans les délais. Le créancier a donc intérêt à demander que la preuve de l'antériorité à l'exploit de saisie des titres de libération, soit faite.

Pour la quittance d'un paiement pur et simple, cette preuve, nous l'avons vu, peut être faite par témoins, mais les actes de remise de dette, de novation... devront avoir date certaine.

On peut supposer aussi qu'il s'agit d'un acte d'aliénation. Alors il faut distinguer suivant que la saisie a pour objet une créance ou un objet corporel mobilier. Dans le premier cas, pour que la cession soit opposable au créancier saisissant, il faut non seulement qu'elle ait date certaine, mais encore qu'elle ait été signifiée au débiteur, ou qu'elle ait été acceptée par lui (art. 1690). Dans le second cas, l'aliénation du meuble saisi doit avoir date certaine avant l'exploit de saisie-arrêt, car le créancier a intérêt à demander que preuve de la date soit faite, et cette preuve ne peut être faite par témoins.

Le débiteur saisi ne devient pas incapable de contracter de nouvelles obligations. L'exploit de saisie-arrêt ne donne pas au saisissant un privilège sur la créance saisie. Donc, jusqu'à l'attribution des deniers saisis au saisissant, de nouvelles oppositions peuvent être valablement formées par d'autres créanciers, quelle que soit la date de leur titre. Encore ici le défaut d'intérêt légitime empêche le créancier d'invoquer sa qualité de tiers.

239. — Les plus graves dissentiments se sont élevés sur l'application de l'art. 1328 en matière de faillite, la plus grande confusion règne soit en doctrine soit en jurisprudence. Pour arriver à déterminer les cas où la masse des créanciers peut invoquer l'art. 1328, nous distinguerons avec soin : les cas où la preuve de la date ne présente aucun intérêt, ceux où cette preuve peut être faite par témoins conformément aux articles 109, C. com. et 1341 C. civ. ; il nous sera plus facile alors de reconnaître ceux où les actes sous seing privé que l'on oppose à la masse doivent avoir date certaine.

Quelle est la position du créancier relativement aux biens du failli ? Quand une faillite est déclarée, les créanciers ne peuvent plus être considérés individuellement, ils forment un tout, une masse, représentée par un ou plusieurs syndics. Quel est le but de cette action commune des créanciers ? Veulent-ils simple-

ment, en vertu de l'art. 1166, exercer les droits et actions de leur débiteur failli, conserver son patrimoine, le maintenir dans son intégrité ? Ils aspirent au contraire à obtenir le paiement de leurs créances ; ils font donc collectivement sur tous les biens du failli, ce qu'individuellement chacun d'eux aurait pu faire sur un seul au moyen d'une saisie. L'analogie qui existe entre la saisie pratiquée par un créancier et la faillite est donc évidente : ces deux opérations ont le même but : faire vendre des biens du débiteur pour payer les créanciers avec le prix, elle ne diffère que par cette circonstance qu'au lieu de porter sur un bien déterminé et au profit d'un créancier saisissant. elle embrasse l'ensemble des biens du failli.

240. — Chacun des créanciers est tiers aux actes écrits que présentent les autres créanciers ; mais d'autre part, chacun des créanciers, en principe, n'a aucun intérêt à connaître la date des titres des autres créanciers : les biens du débiteur sont en effet le gage de tous ceux qui sont devenus, à une époque quelconque, ses créanciers. Nous disons en principe, car le failli est devenu incapable d'obliger ses biens du jour du jugement de déclaration de faillite. Il pourra donc arriver que la preuve de l'antériorité du titre au jugement déclaratif de faillite, soit une condition de l'admission d'un créancier au passif de la faillite.

241. — L'obligation de prouver la date d'un acte signé par le syndic pourra-t-elle être imposée par un créancier à quiconque invoquera un tel acte ? Les actes du mandataire obligent le mandant dans la limite du mandat ; les créanciers doivent-ils respecter les énonciations de l'écrit que le syndic a signé en leur nom ? Nous verrons cette question plus loin.

242. — Nous avons vu, en étudiant la situation du créancier saisissant, que, tout acte de disposition devant avoir été fait avant l'époque où l'objet saisi est devenu indisponible, le créancier avait intérêt légitime à exiger que l'antériorité à cette époque des écrits constatant de pareils actes, lui soit prouvée. Quand les créanciers font déclarer leur débiteur en faillite, son patrimoine ne se trouve pas seulement frappé d'indisponibilité du jour de la

déclaration de faillite : cette indisponibilité est considérée comme remontant à une époque antérieure.

D'après l'art. 446,sont nuls et sans effet, relativement à la masse, les donations des biens mobiliers ou immobiliers, certains paiements, certaines constitutions de privilèges et d'hypothèques ; si ces actes de disposition, qui sont plus ou moins à titre gratuit, ont été faits depuis l'époque déterminée par le tribunal, comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque. Mais en principe le failli ne devient incapable d'aliéner son patrimoine que par le jugement déclaratif de faillite.

Ceci posé, on comprend que les créanciers ont intérêt légitime à exiger que certains actes sous seing privé qu'on leur oppose aient les uns date prouvée antérieure aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements, les autres date prouvée antérieure au jugement déclaratif de faillite.

Comment la preuve de cette antériorité devra-t-elle être faite ? Par témoins s'il s'agit d'un acte commercial ou si l'enregistrement a été impossible ; conformément à l'art. 1328, si l'acte constaté dans l'écrit est régi par le droit civil.

243. — Les actes sous seing privé constatant des conventions entre le failli et sa femme et donnant naissance à l'hypothèque légale de celle-ci, rentreront en général dans cette deuxième catégorie. La Cour de cassation, cassant un arrêt de la Cour de Douai, a décidé que la date certaine antérieure au jugement déclaratif de faillite des actes sous seing privé, présentés par la femme et constatant des obligations contractées par elle avec son mari failli n'est pas nécessaire, qu'il suffit que les syndics aient reconnu que ces actes existaient antérieurement au jugement déclaratif. (Cass. Ch. civ., 19 février 1862, D. 1862, I. 127.)

244. — Il ne nous reste plus, pour avoir passé en revue les principaux cas où le maintien des droits que le tiers prétend avoir sur une chose, est la source de l'intérêt qu'il a à se prévaloir de sa qualité de tiers aux actes sous seing privé qu'on lui oppose, qu'à supposer le tiers dans la situation d'un donataire

dont la donation peut être réduite ou anéantie conformément à l'art. 923.

245. — Nous avons pris ici le mot « chose » dans un sens très large : ici la chose est la quotité disponible et non l'objet même de la donation dont le tiers prétend conserver le profit. C'est pourquoi on prétendit, et la Cour de Caen admit, que l'art. 1328 ne pouvait pas être applicable dans notre hypothèse, parce que cette disposition n'a en vue que le cas où un droit est prétendu par plusieurs sur une même chose, et non celui où il s'agit de droits distincts sur des choses essentiellement différentes, tels que ceux des donataires sur les objets de diverses libéralités faites par le défunt. A cela, M. Guillouard répond qu'en réalité deux donataires qui réciproquement s'opposent l'art. 923 prétendent tous à la même chose, à la quotité disponible... « lequel d'entre eux a reçu la quotité disponible, lequel une partie de la réserve, telle est la cause du conflit, et le disponible est le droit unique auquel prétendent les divers intéressés. » (*Revue critique*, Ann. 1879, p. 313). Nous n'admettons pas évidemment, pour qu'un tiers à un acte sous seing privé puisse exiger la preuve de la date de cet acte, la nécessité d'un conflit entre le porteur de l'acte sous seing privé et le tiers, pour des droits sur une même chose ; nous n'avons repris cette idée que pour pouvoir placer ici cette question.

246. — Comment un acte sous seing privé peut-il être invoqué comme titre d'une donation ? L'art. 931 dit formellement : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires.... » Il nous semble tout naturel d'entendre cette disposition : « La volonté de donner ne peut légalement exister qu'en s'exprimant par écrit notarié. » De même que l'on entend l'art. 969 : « La volonté de tester n'existe légalement qu'exprimée dans la forme d'un testament authentique, mystique ou olographe.

On a dit au contraire : les conventions, dans notre Droit, sont obligatoires par le seul effet du consentement, il doit en être de même pour la convention de donner. L'art. 931 qui reproduit la

disposition de l'art. 1 de l'Ordonnance de 1731, ne vise pas la convention de donner, mais les actes de donation ; ce qu'il faut entendre en ce sens que tout écrit constatant une donation doit être dressé par un notaire, et non que la convention de donner, pour exister légalement, doit être constatée dans un acte notarié. Il suffit donc pour éviter les prescriptions de l'art. 931, de ne pas dresser un écrit, ou d'en dresser un mensonger : la convention de donner étant formée, constater par acte sous seing privé que l'on a fait une vente, ou tout autre contrat à titre onéreux.

La réfutation de cette mauvaise interprétation de l'art. 931 est en dehors de notre sujet ; nous n'insisterons pas. Admettons la validité des dons manuels et des donations déguisées, et demandons-nous si en cette matière l'art. 1328 peut recevoir application.

247. — La date d'un acte sous seing privé constatant une donation peut donner lieu à des contestations non seulement entre donataires, mais aussi entre donataires et héritiers réservataires.

M. Toutain (*Rec. des Arr. de Caen*, 1879, p. 162) et M. Labbé (S. 80. 2. 281) seuls admettent que la date des actes sous seing privé constatant une donation fait foi entre le donataire et les héritiers réservataires. Nous ne pouvons l'admettre. Non pas, comme le veulent MM. Laisne-Deshayes (*Rec. des Arrêts de Caen*, 1875, p. 133) et Guillouard (*Revue critique* 1879, p. 307 et s.), parce que l'héritier n'a pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qu'il exerce un droit qui lui est propre et non un droit du défunt : mais parce que l'accord du donateur et du donataire fixant l'époque où la donation sera censée avoir eu lieu ne peut recevoir aucun effet en cette matière.

L'irrévocabilité des donations est une règle d'ordre public dont la loi n'a pu vouloir faciliter la violation en donnant effet à la date inscrite par les parties sur l'acte sous seing privé. (V. n^{os} 173 et 220).

Si la date avait eu effet entre le donataire et le donateur,

pour nous, elle aurait eu nécessairement le même effet entre le donataire et l'héritier : car celui-ci, à moins d'acceptation bénéficiaire, succède à toutes les obligations du défunt.

A proprement parler, en cette matière, il n'y a ni parties ni tiers, relativement à la date des actes sous seing privé : la date n'ayant pas d'existence légale, ces deux catégories de personnes n'ont pu se former.

248. — Nous pouvons immédiatement éliminer de notre étude les dons manuels. Cette forme de donation ne peut exister qu'à la condition qu'il n'ait pas été rédigé d'acte : il ne pourra donc être invoqué que des écrits faisant commencement de preuve, et nous avons vu que l'art. 1328 ne s'applique pas à cette sorte d'écrits privés.

249. — Mais dans le cas de donation déguisée, il existe un véritable acte sous seing privé. Cet écrit est, il est vrai, mensonger : il constate un acte à titre onéreux, alors qu'en réalité c'est une donation qui a été faite.

M. Guillouard, admet que la date d'un tel acte sous seing privé ne peut être prouvée contre un donataire ou contre un héritier réservataire que conformément à l'art. 1328. MM. Labbé et Laisne-Deshayes ne donnent cette solution qu'à l'égard du donataire. La Cour de Caen (arr. 25 mai 1875 et du 28 mai 1879 ; S. 80, 2, 281 ; D. 80, 2, 49) et M. Toutain n'admettent absolument pas qu'en cette matière, l'art. 1328 puisse être invoqué

250. — A notre avis, les auteurs qui ont étudié cette question ont été victimes d'une illusion : par suite de la confusion, trop souvent faite, de l'écrit et de l'acte juridique exprimé dans l'écrit.

Un héritier réservataire trouve dans les papiers du défunt l'acte de vente d'une maison. Il a immédiatement des doutes sur la réalité de la vente. Si la maison a été donnée et non vendue, il y a une atteinte à sa réserve : il a donc intérêt à attaquer la sincérité de l'écrit. Il n'est pas limité dans cette preuve par l'art. 1341, car il y a peut-être fraude à la réserve, et, lorsqu'il s'agit de découvrir une fraude, il est permis de recourir à des preuves

de toutes sortes (art. 1353). L'héritier a démontré qu'il y a eu donation et non vente de la maison, faut-il dire alors avec M. Labbé : « La fraude dont l'héritier avait à se plaindre résidait uniquement dans l'apparence à titre onéreux imprimée à un acte qui au fond est une libéralité. Quant à l'existence de l'acte, elle est prouvée par un acte écrit.... » (S. 80, 2, 281) et que cet écrit n'aura date, et par conséquent la donation ne sera censée exister à l'égard de ceux qui peuvent se prévaloir de la qualité de tiers, que du jour de l'enregistrement, de la mort d'un des souscripteurs ou de la relation de l'écrit dans un acte authentique.

Comme le dit M. Fourcade, « la preuve de la simulation aboutit toujours à la constatation de l'inexistence de l'acte apparent » (*op. cit.*, p. 17). Les parties n'ont pas voulu vendre et acheter, il n'y a pas vente : l'apparence de contrat à titre onéreux qui résultait de l'écrit s'évanouit et il ne reste plus qu'une feuille de papier. Mais sous cette apparence, il y avait une réalité, l'héritier a prouvé qu'une convention de donation était intervenue, et il a pu faire cette preuve par témoins et par présomptions, puisqu'il n'était pas soumis aux prescriptions des art. 1341 et s.

Dans ces conditions peut-il être question d'appliquer l'art. 1328 ? Il faudrait qu'il y eût un acte sous seing privé ? L'écrit simulé, par suite de la première preuve faite par l'héritier, est devenu une simple feuille de papier. Il n'y a pas d'acte qui ait pu acquérir date certaine. La donation est établie par témoins et par présomptions, sa date sera établie, s'il y a lieu, par les mêmes moyens de preuve.

SECTION II.

231. — Comment de la preuve de l'existence d'une convention à une époque déterminée peut-il résulter la preuve d'une obligation à la charge d'une personne restée étrangère à la formation de cette convention ? Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes, elle ne nuisent pas aux tiers. Mais les obligations qui sont la source de l'intérêt légitime à se prévaloir

de la qualité de tiers à un acte sous seing privé, ne sont pas des obligations conventionnelles.

252. — L'art. 1473 décide que l'acquéreur d'un immeuble « ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il (le vendeur) ne se soit réservé ce droit par une clause du bail. » Donc l'acheteur peut expulser le locataire dont le bail n'a pas date certaine. Pourquoi cette disposition du Code civil : c'est que, dit-on, si le bail n'a pas date certaine, on peut le présumer passé après la vente en fraude des droits de l'acquéreur. De plus l'acquéreur est un ayant cause particulier, il est donc tiers quant à la date des actes sous seing privé émanés de son auteur.

Contrairement aux principes de notre ancienne jurisprudence et du Droit romain, l'acheteur est obligé, par la loi, de respecter les baux consentis par son vendeur. Par une sorte de subrogation légale, l'acheteur est mis aux lieu et place de son vendeur, par rapport aux relations personnelles que celui-ci a pu contracter, en donnant à bail le bien vendu. Mais l'acheteur n'est obligé de respecter que les baux antérieurs à son acquisition, il a donc intérêt légitime à exiger que la date de l'acte sous seing privé qu'on lui oppose soit prouvée, que cette preuve soit faite conformément à l'art. 1328, puisque le fermier ou locataire peut toujours faire enregistrer son acte de bail.

Cette règle est applicable à tout acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux.

253. — D'après l'art. 684 du C. pr. civ., les baux consentis par le débiteur sur l'immeuble saisi, s'ils n'ont pas acquis date certaine avant le commandement, peuvent être annulés, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent. On a vu dans cet article une dérogation aux principes de l'art. 1328. On a dit : l'application rigoureuse de cet article conduirait à dire que, les créanciers saisissants étant des tiers, le bail sans date certaine ne pourrait dans aucun cas, leur être opposé ; autrement dit devrait toujours être annulé, au regard d'eux. Or, ce n'est pas, dit-on, ce que décide l'art. 684, qui permet seulement au juge de prononcer l'annulation, sans lui en faire une obligation.

Cette interprétation résulte de l'idée fausse que l'on a du sens de l'art. 1328 : on croit que la date mise par les souscripteurs d'un écrit prouve l'époque où cet écrit a été rédigé, et que l'art. 1328 annule cet effet probant à l'égard des tiers. Alors, puisque l'art. 684 C. pr. ne dit pas : « Les baux n'ont date à l'égard du créancier saisissant et de l'acquéreur que du jour de l'enregistrement... » mais « pourront être annulés à la demande du créancier ou de l'adjudicataire... » on pense que la date des actes sous seing privé constatant des baux peut, dans cette hypothèse, avoir effet à l'égard des tiers, que tout dépend de la décision du juge.

Pour nous, la date des actes sous seing privé ne prouve absolument rien, et le fermier ou le locataire doit prouver, si toutefois les créanciers ou l'adjudicataire le demandent, que son bail est antérieur au commandement, et cette preuve doit être faite conformément à l'art. 1328.

234. — L'art. 1743 peut-il être invoqué au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique : l'Etat ou plus généralement l'expropriant peut-il expulser, sans indemnité, le locataire dont le bail n'a pas date certaine ? L'affirmative a triomphé pendant un certain temps en jurisprudence (Cass. 2 février 1847, S. 47, I. 280 ; Lyon, 16 mai 1855, S. 55, 2. 23). La doctrine contraire est aujourd'ui généralement admise. L'Etat a, dit-on, une double face : il est acquéreur et expropriant. Il est investi de la pleine propriété, mais en même temps il dépouille différents intéressés qui avaient des droits sur la chose. « Le dépouillement que l'Etat opère le rend responsable vis-à-vis des intéressés qui s'en ressentent. Il leur doit réparation, et c'est précisément là ce qui, dans la circonstance présente, prédomine sur la garantie que l'art. 1328 donne aux acquéreurs contre les fraudes que l'on pourrait commettre à leur préjudice. » (Marinier, *loc. cit.* p. 91.)

Si devant ces considérations il est impossible de décider que le locataire dont le bail n'a pas date certaine est déchu du droit de demander une indemnité, nous admettons volontiers que l'art. 1328 ne peut être invoqué par l'Etat. Mais nous ajoutons : l'Etat

ne peut être tenu de payer une indemnité à un locataire tant que le locataire n'a pas prouvé qu'il a droit à une indemnité, tant qu'il n'a pas démontré que son bail est antérieur à l'expropriation. Cette preuve, le locataire devra la faire, sinon conformément à l'art. 1328, du moins par témoins et par présomptions.

255. — Il résulte de l'art. 595 C. civ., et de l'art. 1673 C. civ., que le nu-propriétaire qui recouvre la pleine propriété de son héritage, par suite de l'extinction de l'usufruit, que le vendeur qui exerce la faculté de rachat qu'il s'était réservée, sont obligés d'exécuter les baux consentis par l'usufruitier ou l'acheteur à réméré. Ils pourront invoquer l'art. 1328, puisqu'ils ont intérêt légitime à ce que la preuve de l'antériorité des baux, à l'extinction de l'usufruit ou à l'exercice de la faculté de rachat leur soit démontrée.

256. — Les dettes contractées par la femme ne sont opposables à la communauté que si elles ont date certaine antérieure au mariage (art. 1410.) La communauté succède à titre singulier au mobilier des époux, et comme charge de cette transmission elle doit acquitter les dettes mobilières antérieures au mariage. Le mari représentant la communauté est tiers aux actes sous seing privé, comme il ne doit payer que les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage, il a intérêt, afin de diminuer le passif de la communauté, à exiger que la date des billets souscrits par la femme, soit prouvée : la disposition de l'art. 1410 n'est qu'une application de l'art. 1328.

On dit quelquefois, et nous avons rencontré cette idée chez les anciens auteurs, que si la date certaine n'était pas exigée, la femme pourrait trop facilement, par une antidate, obliger la communauté pendant le mariage sans l'autorisation de son mari. On met ainsi la preuve que la femme s'est valablement obligée à la charge du créancier : ce qui est contraire à toutes les règles. Cette explication de l'art. 1410 est inadmissible.

Lorsqu'un donataire a accepté de payer tout ou partie des dettes du donateur, il peut exiger que la preuve de la date des

actes sous seing privé constatant ces dettes, soit faite par l'enregistrement, la mort d'un des souscripteurs de l'écrit...

L'analogie avec l'hypothèse précédente est trop frappante pour qu'il soit utile d'insister.

237. — L'acte sous seing privé souscrit par un mandataire dans les limites de son mandat, fait foi de sa date contre le mandant. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour décider que le mandant n'est point un tiers dans le sens de l'art. 1328, et qu'il doit prouver l'antidate pour faire tomber l'acte qu'on lui oppose. Les décisions de tous les auteurs et de tous les arrêts, ne sont que la reproduction des considérants d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 janvier 1827 (S. 27, 2, 65.) : « Attendu que le mandataire est l'image du mandant ; que dans le cercle de ses pouvoirs, il peut faire tout ce que pourrait faire le mandant lui-même ; que si le mandant peut donner par sa signature une date certaine à son égard aux actes sous seing privé qu'il souscrit, le mandataire qui le représente a la même faculté ; qu'il est libre au mandant de soutenir que les actes du mandataire ont été réellement passés à une autre époque... »

On a objecté que l'on suppose résolu précisément ce qui est en question. Le mandataire ne peut avoir représenté le mandant, qu'autant qu'il a agi dans les limites de son mandat. Il faut donc prouver au mandant que l'acte a été passé dans les limites du mandat. Si donc, le mandat ayant pris fin, on veut ensuite opposer au mandant, un acte sous seing privé du mandataire, on devra prouver l'antériorité de cet acte à la cessation du mandat. (V. Braas, *loc. cit.*, p. 152 et s.)

Cette objection est spécieuse, dit-on, mais il est facile de l'écarter. Que l'on examine les exemples donnés par les articles 1410, 1743, C. civ., 684 C. pr., et l'on verra que ceux-là peuvent exiger une date certaine contre lesquels l'exécution de l'acte rejaillit indirectement, et non ceux contre lesquels l'exécution est poursuivie directement, parce qu'ils ont joué à l'acte le rôle de parties contractantes.

238. — On a confondu, comme toujours, l'acte sous seing

privé et l'acte juridique censé formé au nom du mandant. Aussi la question a-t-elle été très-mal posée.

Les rapports du mandant et du mandataire nous paraissent avoir été mal définis. Le mandataire est l'image du mandant, même d'après un auteur, la vie juridique du mandataire se confond avec celle du mandant. On est ainsi amené à assimiler la situation du mandant, vis-à-vis du mandataire, à celle de l'héritier vis-à-vis du défunt. Cela nous paraît inexact : nous considérons le mandant plutôt comme une sorte d'ayant cause particulier relativement au mandataire.

Alors nous faisons la distinction de l'acte sous seing privé et de l'obligation mentionnée dans cet acte sous seing privé. Nous laissons celle-ci de côté, et nous nous demandons quelle est la nature des effets de l'acte sous seing privé à l'égard dumandant.

Nous avons vu que les effets des écrits sont de deux sortes : A l'égard de ceux qui par eux-mêmes ou par représentation ont participé à leur rédaction : effets conventionnels ; à l'égard des tiers : effets probants résultant d'une présomption légale de vérité, (V. nos 181 et s).

La date de l'acte sous seing privé signé par le mandataire ne peut avoir effet à l'égard du mandant que si, à son égard, les effets de l'écrit sont conventionnels, et pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mandant ait été représenté à la rédaction de l'écrit, il faut qu'il ait donné mandat de le dresser. Sans doute le mandant a été représenté à la formation de l'obligation, mais l'écrit est l'obligation constatée dans l'écrit sont deux choses bien distinctes, qu'il importe de ne pas confondre.

Aussi nous disons : si, en contractant, le mandataire agit au nom du mandant, en souscrivant un acte sous seing privé il agit en son propre nom, donc le mandant, partie au contrat, est tiers à l'écrit. (*Contra,* Aubry et Rau, t. VIII, p. 258.)

Le mandant ayant la qualité de tiers aux écrits signés par son mandataire, recherchons dans quels cas il a intérêt légitime à se prévaloir de cette qualité, pour exiger la preuve de la date de ces écrits.

Cet intérêt existera chaque fois que l'obligation constatée dans l'écrit ne sera opposable au mandant qu'à la condition d'avoir été formée à une certaine époque.

Comment cette preuve devra-t-elle être administrée ? Par témoins ou conformément à l'art. 1328 ?

Exiger la date certaine, c'est frapper d'inefficacité, dans bien des cas, les actes souscrits par les mandataires conventionnels légaux ou judiciaires : la personne qui a contracté avec le mandataire ne pourrait en effet considérer celui-ci comme personnellement obligé, et se retourner contre lui : il est souscripteur de l'acte en effet, l'acte à son égard fait foi de sa date, et pour lui l'obligation est considérée comme ayant été formée dans les limites du mandat. Par suite de ces considérations, peut-être faut-il admettre que l'antériorité de l'acte à la cessation du mandat pourra être prouvée par témoins.

239. — On considère généralement l'action accordée aux créanciers par l'art. 1167 comme une action personnelle, mais on dit aussi que l'action Paulienne est une action révocatoire, une action en nullité. « Une pareille conception, remarque M. Planiol, est, par elle-même, assez extraordinaire pour éveiller des doutes : une nullité qui, une fois prononcée, n'existerait que pour certaines personnes et jusqu'à un certain chiffre !..... Quand un acte est annulable pour cause de dol ou d'incapacité, on dit que la nullité est relative. Mais c'est alors dans un autre sens. Cela signifie que l'action en nullité ne peut être intentée que par la partie trompée ou incapable. Une fois exercée, cette action fait tomber pour le tout l'acte annulable, et la nullité relative, quand elle est prononcée, produit un effet absolu et pour tout le monde. » (*Revue critique*, ann. 1882, p. 495.)

Ces considérations nous décident à admettre avec M. Planiol, que l'action Paulienne est une action personnelle en indemnité. L'acquéreur est poursuivi parce qu'il s'est rendu complice de la fraude du débiteur ou parce qu'il en a profité : il est obligé dans le premier cas, parce qu'il a commis un délit ; dans le second cas, parce qu'il s'est enrichi aux dépens d'autrui. (V. Planiol, *loc. cit. Note la sur nature des effets de l'action paulienne*, p. 496).

260. — Envers qui l'acquéreur est-il ainsi obligé *ex delicto* ou *quasi ex contractu* ? Evidemment envers ceux-là seuls auxquels son acquisition a causé préjudice, qui ont eu les biens acquis dans leur gage : donc seuls, les créanciers antérieurs à l'acquisition peuvent être considérés comme créanciers d'une indemnité. Ce point est admis par tous les auteurs et par la jurisprudence. (Lyon, 28 février 1884. S. 85. 2 129 ; Agen, 3 février 1885 S. 86. 2. 31).

L'acquéreur débiteur d'une indemnité est tiers aux actes sous seing privé constatant les droits des créanciers qui se prétendent antérieurs à l'acquisition : il a intérêt à se prévaloir de cette qualité pour exiger la preuve de l'antériorité alléguée, puisque l'antériorité à l'acquisition qu'il a faite est une condition nécessaire pour que la créance d'indemnité puisse exister.

261. — Comment cette preuve devra-t-elle être faite ? Plusieurs solutions sont admises en doctrine et en jurisprudence.

Laurent et Baudry-Lacantinerie (*Précis de Droit civil*, t. 2, p. 822) enseignent que le titre du créancier doit avoir acquis date certaine antérieurement à l'acte incriminé «.... de ce que l'acte est frauduleux, dit Laurent, on ne peut pas conclure que le premier créancier venu puisse l'attaquer : il faut qu'il ait un droit antérieur à l'acte attaqué ; l'antériorité est donc une condition requise pour que le créancier ait le droit d'agir, et n'est-ce pas au demandeur à prouver qu'il a le droit d'agir ? » (Laurent, t. XVI n° 461).

Il est remarquable qu'en cette hypothèse nul n'ait dit que la date de l'acte sous seing privé fait foi de l'époque où cet acte a été rédigé, et par conséquent fournit la preuve de son antériorité. Aussi Aubry et Rau, tout en admettant qu'il n'est pas nécessaire que la créance soit constatée par un écrit ayant acquis date certaine avant la passation de l'acte incriminé, décident que le créancier doit faire la preuve de l'antériorité de son titre par témoins et par présomptions. (Aubry et Rau, t. 4. § 313, n. 15). Un arrêt récent de la Cour de Douai admet formellement ce dernier mode de preuve : « Attendu que la Vve X... satisfait com-

plètement au prescrit de la loi en démontrant comme elle le fait, par l'ensemble des circonstances et des documents de l'instance, que sa crèance est antérieure.... » (Douai, 21 juin 1888, S. 90. 2. 135).

Enfin, d'après une troisième opinion, il faut distinguer. Si l'action Paulienne est formée contre un acquéreur de mauvaise foi, qui a participé à la fraude du débiteur, il n'est pas nécessaire que le titre du demandeur ait acquis date certaine antérieurement à l'acte attaqué. Mais lorsque l'action Paulienne est formée contre un acquéreur de bonne foi, cet acquéreur peut invoquer l'art. 1328. (Demolombe, *Traité des contrats*, t. 2. n. 234 ; Cassat., 25 juillet 1864, S. 1864. 1. 452.)

262. — Pour la solution de cette question il n'y a pas à tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi du défendeur à l'action Paulienne. Comme le dit Laurent, l'antériorité du titre de la créance est une condition requise pour que le créancier ait le droit d'agir, et c'est au créancier à prouver qu'il a le droit d'agir. La question à résoudre est alors, pour nous, celle-ci : le créancier a-t-il été dans l'impossibilité de faire enregistrer son acte sous seing privé? Si le créancier a pu donner date certaine à son titre, l'art. 1328 lui est applicable ; sinon il faut l'autoriser à faire sa preuve par témoins et par présomptions.

Il ne peut être question d'impossibilité physique et absolue de faire enregistrer. Mais les créanciers ne peuvent-ils pas dire qu'ils ont été dans l'impossibilité morale d'accomplir cette formalité? Leurs titres, constatant des droits personnels, semblaient destinés à n'être opposés qu'à des personnes contre lesquelles ces titres font foi de leur date. Pouvaient-ils prévoir que leur débiteur, sciemment, dans l'intention de les frauder, se rendrait insolvable ou aggraverait son insolvabilité ?

Nous avons examiné avec soin tout ce qui, à notre connaissance, a été écrit sur l'art. 1328 du Code civil. Aucune des interprétations données ne nous a pleinement satisfait : nous

n'avons trouvé chez aucun auteur, quel est le caractère distinctif de ces personnes désignées par le mot « tiers » ; pourquoi à l'égard de ces personnes la date des actes sous seing privé doit être certaine ; pourquoi cette certitude n'est obtenue que par l'enregistrement, la mort d'un des souscripteurs de l'acte.....

L'étude peu connue de Braas sur les « Actes sous seing privé » nous a donné notre point de départ : la distinction de l'*instrumentum* de l'acte juridique dont il est l'expression écrite.

L'étude des principes qui régissent les effets des actes instrumentaires nous a donné la raison de l'inexistence de la date de ces actes à l'égard des tiers.

La nature des effets des actes sous seing privé, les restrictions mises par notre disposition à la preuve de leur date, à l'égard des tiers, nous ont paru des applications des règles qui régissent la preuve dans notre droit.

Nous nous sommes attachés à montrer que l'art. 1328 était la consécration d'un droit, et non un moyen de protéger certaines personnes contre certaines fraudes, dû à la bienveillance du législateur.

PROPOSITIONS

I. — DROIT ROMAIN

1. — Les « *syngraphæ* » et les « *chirographa* », à une certaine époque du Droit romain, donnaient naissance à des obligations.

2. — Il n'existe pas, sous Justinien, une véritable obligation *litteris*.

3. — On peut toujours prouver par témoins contre le contenu aux actes.

4. — Les servitudes ne peuvent pas, dans le droit de Justinien, être établies par pactes et stipulations.

II. — DROIT CIVIL FRANÇAIS

1. — Le mot « tiers » désigne les mêmes personnes dans les art. 1321 et 1328.

2. — Le législateur en édictant l'art. 918 n'a pas entendu proscrire la preuve contraire.

3. — L'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 restreint le sens naturel du mot « tiers ».

4. — L'acheteur d'un immeuble qui a transcrit son titre ne perd pas le droit d'opposer le défaut de transcription à un acquéreur précédent, en raison de la connaissance qu'il a eue de la première aliénation, par une autre voie que celle de la transcription.

III. — DROIT COMMERCIAL

Les art. 446 et s. du C. comm. ne sont pas des applications de la règle contenue dans l'art. 1167 du C. civ.

IV. — DROIT DES GENS

Les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs.

V. — PROCÉDURE CIVILE

L'indisponibilité dont est frappée une créance saisie-arrêtée est totale et non partielle ; elle s'étend à toute la créance et non à une valeur égale à la cause de la saisie.

VI. — DROIT CRIMINEL

Après les délais fixés par les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, ou par des lois spéciales, pour la prescription de l'action publique, il ne reste plus à la partie civile la ressource d'intenter son action devant la juridiction civile.

Vu :

Nancy, le 22 mars 1891.

Le Président de la thèse,

Paul LOMBARD.

Vu :

Nancy, le 23 mars 1891.

Le doyen.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 23 mars 1891.

Le Recteur,

E. MOURIN.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES 7
§ I. — Ancien Droit. Travaux préparatoires. 9
§ II. — Doctrine et Jurisprudence 24
§ III. — Interprétation de l'art. 1328 du C. civ. 74
N° 1. — Principes juridiques qui régissent les effets des actes instrumentaires 78
N° 2. — Effets des actes instrumentaires à l'égard des tiers 122

DEUXIÈME PARTIE

DIVISION 139
N° 1. — Conditions générales de l'application de l'art. 1328 . »
N° 2. — Principaux cas d'application de l'art. 1328 155
Section I 156
Section II 170
CONCLUSION 178